MANUALE
PEL
GIURECONSULTO

MANUALE

PEL

GIURECONSULTO

opera

DI FRANCESCO VASELLI

CAVALIERE DEL REAL MILITARE ORDINE COSTANTINIANO, E DEL REAL ORDINE DI FRANCESCO I, CONSIGLIERE DELLA INTENDENZA DI NAPOLI, EMERITO AVVOCATO SOPRANNUMERARIO DELLA REAL CASA; CONSULENTE DELL'AMMINISTRAZIONE DEL REAL ALBERGO DE' POVERI, STABILIMENTI, ED OPERE DI BENEFICENZA RIUNITE; CONSIGLIERE PROVINCIALE; AVVOCATO DELLA PROVINCIA DI NAPOLI; AVVOCATO DELLA CITTA' DI NAPOLI.

VOLUME TERZO.

NAPOLI,

DALLA TIPOGRAFIA DI G. B. SEGUIN.

1838.

AVVERTENZA.

Nel principio del volume secondo di questa opera rapportammo le tavole riordinanti gli articoli delle leggi civili, e di procedura civile, de' quali nel primo e nel secondo volume erasi fatta menzione—Quelle tavole rinviavano inoltre a' Decreti a' Rescritti, a' Dispacci, agli atti ministeriali, e ad altre leggi sulle multiplici materie analizzate—E fu riconosciuto utilissimo tal lavoro facilitando assai nella strettezza del tempo le

ricerche — Quindi gli articoli del Codice, le Leggi, i Decreti, i Rescritti, i Dispacci le Ministeriali, mentovate in questo terzo volume, si rapportano con lo stesso metodo nella tavola che comprende anche que' di cui trattasi nel seguente 4. Volume.

INDICE
DEL TERZO VOLUME

A

N.°

B

C

N.°

N.°

D

N.°

N.º

E

N.°

N.°

G

N.°

I

M

N

N.°

P

N.°

S

N.°

T

MANUALE
PEL
GIURECONSULTO

N.° 453

Dote—Paraggio liquidato—Inscrizione—Novazione—Condominio—Monache—Graduatoria—Cautele sovrabbondanti non nocive—Azione personale in rem scripta—Legittima

(v. n. 118, 234, 253, 260, 307, 344)

Avea fluttuato abbastanza ne' giudizî di graduatoria il dubbio del se il paraggio liquidato fosse un diritto di legittima esperibile in senso di *condominio*, o se fosse un semplice *credito* della figliuola, che d' *inscrizione ipotecaria* avesse d'uopo — Nel famigerato arresto per *Tabaja* leggeasi « questa presupposizione che la dote di paraggio sia della stessa natura della legittima è erronea, ed è stata corretta da questa suprema Corte di giustizia con decisione del 4 di settembre 1817 (uniforme ad altre precedenti decisioni della disciolta Corte di Cassazione) nella causa *Marzano*... L'azione di paraggio

alle figliuole, chiamate alla successione de' genitori in concorso co' maschi, non è *della stessa natura della legittima*, ma solamente il paraggio è *un' azione di credito* che talvolta per *la quantità* suole liquidarsi fino a quella della legittima; ma non già che ne prenda la *natura e la qualità* — Tuttochè la legge 1 c. comm. de leg. e l'art. 1017 c. c. diano la ipoteca ad una dote risultante dal testamento paterno; pure *questa ipoteca ha d' uopo della inscrizione* per essere conservata — L' articolo 2135 non riguarda che la ipoteca contro al marito»—(Corte suprema di Napoli 18 di giugno 1818)

Ad occasione della causa *Montefusco*, *Barba e Rodi* il 23 di marzo 1819 avea ripetuto la Corte suprema « *il paraggio liquidato non è quota di eredità* come in altre cause è stato deciso dalla già Corte di Cassazione, ma *un credito* su' beni ereditarî, soggetto alle preventive *deduzioni de' debiti* ereditarî dovuti a' terzi » — E ad occasione della causa *Calabritto* (in dicembre 1822) la suprema Corte avea valutato come *credito* il paraggio *liquidato* ne' capitoli, che il marito come *credito* aveva inscritto.

Malgrado ciò, riproduceasi frequente la occasione di dubitar se lo spirito della costituzione fridericiana fosse tale da conservar alle figliuole nate sotto lo impero delle antiche leggi una dote almeno, escluse com' erano esse dalla qualità di eredi —.e sulle teoriche additate da Andrea d' Isernia, e da Afflitto, e da de Rosa, un *condominio* a loro pro, o almeno un *privilegio* esen-

te dal dovere d' inscrizione, da per tutto nelle graduatorie reclamavasi.

Nel 19 di giugno 1826 per lo diritto delle *claustrali* rinunzianti, la gran Corte civile di Napoli avea scritto così « osserva che le sorelle Guindazzi con pubblici atti del 23 di agosto 1785, e 15 di novembre 1787, e nel farsi monache, si riserbarono ducati 400 per cadauna per una sola volta, pagabili fra otto anni, non che annui ducati 50 per ciascuna per loro vitalizio, rinunziando al loro fratello D. Antonio tutt' i loro diritti sulla eredità *paterna*, *materna*, *ed altre* — Che in conseguenza come figlie del comun genitore aveano un diritto di *condominio sulla eredità* — *non aveano, nè han bisogno d' inscrivere contra se stesse per ripetere* i ducati 400 per ciascheduna, mentre tale somma fa parte de' loro diritti *dominicali* sulla eredità paterna, essendo risaputo che alla morte del genitore il figlio rientra nel possesso de' beni da questi durante sua vita amministrati » — (1. cam. ruolo 7524, 8168.)

Nel 17 di settembre 1831 ritenea la s. c. che le femmine le quali andavano a monacarsi, professando in vita del padre, non potessero aver altro che la *dote ingressarum* — e professando dopo morto il genitore, aver dovessero il *paraggio intiero* — Nella liquidazione di tale paraggio osservava la Corte suprema venir a calcolo i beni *feudali* e di *suffeudo* per argomenti tratti dalla costituzione *in aliquibus*, dalla consuetudine napolitana *ut de successione*, (su' quali rinv. a de Ma-

rinis obs. ad Revertera dec. 1 n. 7. — Merlino quaest. for. 1, 2, 7. 8 — Staibano quaest. For. 139 n. 2 — Mele ad Gizzarell. dec. 38 n. 9.)

Il 4 di giugno 1831 dalla s. c. di giustizia di Napoli nella causa *Valentini*, *Vigo*, e *Sanbiase* erasi ritenuto che il paraggio paterno fosse dovuto *contra il terzo possessore* con diritto di *dominio*, senza aver d' uopo inscrizione ipotecaria; così come nello antico Foro il paraggio *in pecunia* si ritenea ripetibile e contra l' erede, e contra il terzo possessore *actione personali in rem scripta* — (su di che v. de Rosa nel comento alla consuetudine *si moriatur* 1 291 pag. 223, e v. Tapia decis. 48).

Il 3 di luglio 1834 nella causa de *Rubeis* e *Galli* la suprema Corte ripetè che il paraggio dovuto alle femmine pel diritto antico del Regno da' beni de' loro genitori fosse dovuto *jure proprietatis*.

L' ultimo stato della giurisprudenza in Napoli *senza inscrizione ipotecaria* accorda il diritto per l' antico paraggio alla donna che concorra ne' beni del padre suo co' creditori dello erede di lui — La suprema Corte sulle uniformi conclusioni del pubblico ministero ha detto così « attento che la G. C. non ha messo in dubbio che *competa alla paragiaria ragione di condominio per la sua dote*, come al legittimario pel suo avere sulla eredità degli ascendenti — Questa massima poggiata sull' antico diritto romano, e patrio, *trovasi avvalorata da' replicati arresti di questa Corte suprema*; *ed è sicuro egualmente che il privilegio del condominio si conserva senza la formali-*

tà della inscrizione, *perciocchè niuno inscrive sopra sè medesimo* ».

E siccome discettavasi ancora del se *inscrivere* importasse *pregiudicare il condominio*, degradandolo in *credito*, così la suprema Corte ha dileguato anche siffatto dubbio, opportunamente distinguendo il caso in cui si fosse fatta *novazione* alla originaria causa del dovere, dal caso in cui semplicemente, e senza farsi novazione si fosse inscritto il titolo da cui si desume la ragione di chieder la dote di paraggio — « Osserva che mentre la G. C. ha ritenuto così i veri principî per decidersi in simili controversie, non è stata uguale a sè medesima ove nella specie ha dichiarato che la donna *abdicò il privilegio inscrivendo* il suo credito — ricordisi che *non si perdono diritti, se non ne' casi dichiarati dalla legge ed ove concorra rinunzia espressa* — *Un aumento di cautela non toglie, ma avvalora diritti che già competeano*: non solent quae abundant vitiare scripturas (l. 94 de reg. jur.) — Sarebbesi al caso di eccezione *qualora si fosse novato tale credito originario*, che non è — La decisione della G. C. urta contro a questa massima di diritto » — Così la Corte suprema di giustizia di Napoli nella causa *Scala*, *Tizzani*, *Basile* il 3 di agosto 1837 ha pronunziato.

N.° 454.

Figliuola--Paraggio-Donzella-Natività Data-Concorso-Graduatoria-Creditori Padre-Fedecommessi-Autentica res quae

(v. n. 453)

L' autentica *res quae c. comm. de leg.* s' invocava tam pro dote *constituenda*, quam pro dote *restituenda*, e comprendeva il favore e delle doti, e delle donazioni propter nuptias — Lo sostenea *Fabro* (c. def. 4. tit. 23 lib. 6) — *Peregrino* (de fideicomm. n. 42.) — il *Cardinal de Luca* (de dote dec. 145 n. 4.)

Dubitavasi del se fosse necessario il permesso del magistrato per rendere i fedecommessi assoggettati alla cautela della dote ; — e la suprema Corte di giustizia di Napoli (24 di febbraio 1820 causa *Canosa Afflitto* e *Garofalo*) abbondò nella *negativa*, perchè la legge indipendentemente dal permesso del giudice tenea valida la ipoteca de' beni di un *fedecommesso ascendentale in mancanza di beni liberi* (estremi da notarsi per intelligenza dell' autentica res quae) per assicurare una dote, o una donazione antenuziale.

Leggesi pure in tale arresto il come in pratica si eseguisse lo sperimento di tali diritti della donna prendendo *prima i beni dell' ultimo* fe-

decommettente, e nel caso d' incapienza que' dello *ascendente più prossimo*, e così *gradatamente*.

Una grave quistione fu quella di definire se *a die navitatis*, se a die *nuptiarum*, se da *altra data*, la donzella acquistato avesse diritto al suo paraggio su que' fedecommessi che riposavano sul capo del padre suo quando sotto lo impero delle antiche leggi essa nacque — La occasione di ricercar su questo punto veniva da' creditori che in graduatoria contendeano il rango di quel paraggio — La Corte di appello di Napoli ebbe nel 12 di gennaio 1810 occasione di esaminar siffatto dubbio (sul quale v. *Rovit.* pragm. 24 de Feud. n. 58 — *Altimar.* obs. ad cons. 20 Roviti—*De Marinis* resolut. 166. lib. 2 n. 5—*Thoro* in suppl. verb. fructus paragii—*de Anna* alleg. 70, 81, 217 — *Galeota* tom. 2. contr. 9, 15) — La Corte ritenne che il paraggio fosse dovuto alle donne dalla loro *natività*, *esperibile un tale diritto divenute che fosser nubili* — ritenne che *dies cessit* appena videro la luce — *venit dies* a pretenderlo divenute nubili — Quindi conchiuse esser *preferibili* a' creditori che non avessero afficienza su' beni fedecommessi, ed aver tra' creditori afficienti il rango *dal giorno della loro nascita* — (causa *Lettieri d' Aquino*, e creditori *del Duca di Limatola.*)

Otto anni dopo riapparve la quistione — trattavasi di un' altra donzella nata nella epoca in cui i fedecommessi non erano aboliti — il padre era morto sotto lo impero delle nuove leggi; e v' eran debiti che circondavano l' asse d' ipote-

che — v'era inventario — La donzella chiedea paraggio su' beni una volta fedecommessi da ascendenti, beni divenuti liberi nella mano del padre suo dopo ch'essa era nata.

1. La morte del padre sotto lo impero di una legge che la tenea *successibile* si obiettava per desumerne che non *paraggio*, ma quota ereditaria le spettasse — quindi, *deducto aere alieno*, meritar non potesse altro rango se non *dopo le passività* tutte, i debiti tutti del defunto.

2. Lo stato del patrimonio paterno depauperato mettevasi a calcolo per attenuare le idee di paraggio.

3. Il decreto del dì 22 ottobre 1808 invocavasi per dire spento qualunque diritto di chiamata ex propria persona, dovendo considerarsi beni paterni anche que' degli antichi fedecommessi, perchè que' vincoli furono sciolti, ed i beni divennero liberi del possessore un tempo gravato dall'obbligo di restituire.

4. Gli articoli 2 e 3 della legge del 15 marzo 1807 conservatori de' diritti di aspettativa diceansi non pertinenti ed abrogati.

5. Dalle decisioni rese al pro delle donzelle *innuptarum* ad occasione di sciorre *monti di famiglia* diceasi vano il trarre analogia, perchè i monti di famiglia si disciolsero, non a favore *degl' individui possessori*, sibbene delle *famiglie godenti diritto ad ottener maritaggio* per le loro femmine; di tal che giusto ma non pertinente diceasi l'osservar tutelato nello scioglimento de' monti

l maritaggio alle donzelle ancorchè non ancora maritate.

Viceversa ragionavasi così

1. quando la figlia nacque, il padre suo possedeva i beni fedecommessi, e su que' beni, in mancanza di beni liberi, avea diritto la donzella per conseguire una dote — diritto vero, reale, positivo, non semplici speranze e diritti di aspettativa.

2. La legge del 15 di marzo 1807 non estinse che diritti di aspettativa, lungi dallo invadere diritti già acquistati.

3. *Acquistato avea nel giorno della sua nascita* un diritto la donzella — diritto, *sospeso dalla condizione* delle nozze.

4. Abolito questo diritto, non fu da alcuno articolo della legge del 15 di marzo 1807, che non ne parla, nè per induzione può spegnersi un diritto, ov' espressamente colpito e spento non sia.

5. La legge anzi del 1807 nel suo spirito spinge a contraria idea, osservandosi tutelato il diritto de' livelli a' secondogeniti dovuti sul fedecommesso.

6. Il codice (nello articolo 896 cod. civ.) non annullò gli obblighi nè i pesi imposti da' fondatori di fedecommessi a favor di persone preesistenti alla pubblicazione delle leggi nuove.

La gran Corte civile di Napoli nel 1819 (3. cam. ruolo 3559) dopo avere in contumacia adottato i sei ultimi argomenti poco fa additati, andò in contrario sistema allorchè venne a pronunziare delle opposizioni — Essa ritenne i seguenti principi nella seconda sua decisione.

1. La legge eversiva de' fedecommessi avendo per *eccezione* conservato la trasmessione de' beni *soggetti* al pro degl' immediati sostituiti coniugati, o vedovi con figli, *in questo solo caso* provvide che avvenendo la trasmessione nella linea retta del gravato, i di lui figli maschi potessero pretendere su' beni trasmessi la legittima, e *le femmine avessero un diritto sussidiario di paraggio.*

2. Questa eccezione non può estendersi oltre i limiti dal legislatore fissati.

3. Il motivo per lo quale il legislatore dettò la eccezione facendo progredire in quel caso il vincolo, fu di dare un compenso agli altri figli del gravato, i quali non trovavano nel retaggio di costumi quella parte che per un peculiare provvedimento non si era resa libera presso di lui.

4. Altronde nel 1807 era vigente ancora la costituzione del Regno ch' escludea le femmine in concorso co' maschi dalla successione al comun padre — e la donzella di cui trattavasi non avea germano che fosse coniugato o vedovo con figli nel 1807 15 di marzo, data della legge.

5. Del rimanente quella eccezione fu distrutta dal decreto del 22 ottobre 1808—in quel Decreto è detto che della legge del 15 marzo rimanga solo ciò che al codice non è contrario — Per lo codice nacque nel padre della donzella il dovere di conservarle intatta *una legittima*, senza por mente ad origine di beni, o a loro pervenienza — E nel fatto il padre la scrisse erede nella quota di riserba, dando a' maschi germani di essa la disponibile — « *la speranza al paraggio sul*

maggiorato in sussidio di beni del padre; *e dicasi pure il diritto ad averlo* fondato sulla volontà del disponente, svanì subito che reso il maggiorato libero per effetto di una nuova legislazione, *surse nel padre l'obbligo di lasciarle la legittima sullo intiero suo retaggio*, *compreso il maggiorato*, *e nacque in lei il diritto ad averla*; anzi ad avere ugual parte nella successione ove il padre fosse morto intestato dopo il 1809 ».

6. I monti furono dichiarati sciolti a beneficio de' godenti — ognuno che potesse dirsi *godente*, ben vi concorse — la proprietà fu generalmente dichiarata esistente di diritto presso i maschi rappresentanti il *collegium vocatorum*, col peso di dar le doti alle femmine — laonde le regole che han servito di norma alla divisione de' monti, sono del tutto inapplicabili al caso in disputa, nel quale il maggiorato si è fuso nel rimanente patrimonio (del padre della donzella) — nè vi è più chi possegga il maggiorato medesimo, poichè di quanto il padre rimase allorchè trapassò, una terza parte rappresenta la donzella medesima.

Ricorso — e la suprema Corte pronunziò l'*annullamento* considerando fra le altre circostanze la seguente « che guardata la decisione sudetta » per gli stessi principî che l'hanno dettata, se » ne ravvisa la insussistenza rimpetto a quelli che » la stessa G. C. avea ritenuto nella sua prece- » dente decisione — *poichè trattavasi senza dubbio* » come opportunamente si era allora ritenuto da

» que' magistrati, *di un diritto acquistato dalla*
» *donna sin dalla sua nutività*, e *sospeso solo dal-*
la condizione del matrimonio, nè troncato dal-
» l'abolizione de' vincoli, e de' gravami — *e non*
» *già di diritti condizionalmente acquistati pria*
» *della* pubblicazione della legge. » — suprema
Corte di giustizia di Napoli 24 di luglio 1827 cau-
sa *Spinelli*, e *Caracciolo*.

Giova quì rammentare quel che la stessa su-
prema Corte nello arresto per Caracciolo, Ate-
na, e Sanvito ritenne allor quando, fissato il
principio di avere il Monte di Scipione Caracciolo
conservato la sua legale esistenza fino a tutto l'an-
no 1811 per argomenti tratti da' decreti 11 settem-
bre 1809, e 17 di marzo 1811, e dalle leggi 1 §.
1, e 3 quod cujusq. univer. nomin., e 13 de verb.
sign., ritenne la G. C. che *la donzella concepita
mentre il monte esistea*, ma nata dopo lo sciogli-
mento del monte, sol perchè il suo concepimento
avvenne nella epoca della esistenza del monte,
avesse dovuto godere del maritaggio per argomenti
tratti dagli articoli 725, e 906 c. c., e dalla legge
26 de statu hominum — (v. l'arresto del 14 *di
giugno* 1831 Corte suprema di Napoli.)

N.° 455.

Dazio di consumo, e Privativa di pane Competenza-Contravvenzione in materia non di Polizia urbana e rurale

(v. n. 65)

Il Consiglio d' Intendenza di Napoli (a nostro rapporto) ha poco fa dato avviso sul dubbio del se un Sindaco sia o no competente a pronunziare sul verbale che mostra una contravvenzione commessa in danno del conduttore di *un dazio di consumo*, ovvero di *una privativa* che il Comune si abbia imposto.

Giova osservare che non veniva punto in disamina quistione di *interpetrazione* o di *validità* del contratto passato fra 'l Comune e questo conduttore.

Il Consiglio ha detto così

veduto l' artic. 206 leg. 12 di dicembre 1816 che riconosce le *privative volontarie e temporanee* sulla preparazione e la vendita de' commestibili fra i mezzi cui i Comuni posson ricorrere per supplire alle civiche spese, così come l' art. 197 della stessa legge riconosce fra' mezzi stessi *i dazí su' generi di consumo di ogni specie* che s' immettono per consumarsi o vendersi nel Comune

veduto il R. Decreto del 28 di gennaio 1824,

in cui volendo stabilirsi una regola certa ed uniforme per punire le contravvenzioni *a' dazî di consumo*, si fissa il principio — 1. che per le *contravvenzioni a' dazî di consumo* che i Comuni s' impongono siano applicabili gli artic. 36 e seguenti delle leggi penali, cioè la detenzione, il mandato in casa, e l' ammenda — 2. che i *giudici di circondario* su' processi verbali delle autorità amministrative che contestano le contravvenzioni *siano le autorità competenti per l' applicazione delle pene.*

veduto il R. Decreto del 22 di settembre 1831, col quale si comanda che *pe' contravventori* a' *diritti delle privative volontarie* e temporanee che si stabiliscono ne' Comuni a' termini dell' art. 206 l. 12 di dicembre 1816, sieno *applicabili le disposizioni del R. Decreto del* 28 *di gennaio* 1824 pe' contravventori a' *dazî comunali di consumo.*

veduto l' arresto in linea di *regolamento di Giudici* pronunziato dalla suprema Corte di giustizia di Napoli il 16 di febbraio 1829 — Ivi, narrandosi come l' Eletto di Chiaiano, Pollena, e Santacroce sulla notizia di vendersi nel fondo di Agostino Priore *vino a minuto in frode degli affittatori del dazio comunale*, e di esister là vino non rivelato, avesse proceduto al verbale, dopo di che fosse stato Priore tradotto in dibattimento penale innanzi al Giudice Regio — la suprema Corte, considerando sull' artic. 1. della legge 20 di dicembre 1826, ritenne che non accordandosi azione penale, sibbene *azione civile* al Regio Erario per pagamento di dazî, multe,

ammende, lo stesso sia a dirsi per *le contravvenzioni a dazio comunale* — Ritenuto il principio di esser *azione civile*, ordinò che le parti adissero il *Giudice di circondario*, il quale proceder dovrebbe *nelle forme civili* — veduti gli uniformi arresti 1830 1 marzo — 1834 1 dicembre — vedut' i principî ritenuti dal Tribunale cicivile di Napoli il 14 di giugno 1835 nella causa Salzano ed appaltatore del dazio sul vino di Casoria sig. Ferrara — Ivi, considerandosi l' art. 5 della l. 21 di marzo 1817 sottrarre alla conoscenza del potere Amministrativo qualunque controversia nella quale non cada in disamina la validità, la legittimità, o la interpetrazione di un atto dell' amministrazione, comunque l' amministrazione pubblica vi sia interessata, e considerandosi che le quistioni di confisca, di multa, di contravvenzione son *azioni civili*, si ritiene dal Tribunale in grado di appello che il *Giudice Regio in figura di giudizio civile era competente* in quella causa — vedut' i principî ritenuti da questo Consiglio d' Intendenza di Napoli il 2 di giugno 1835 nell' anzi espressa causa Salzano e Ferrara —Ivi si fà la distinzione tra 'l caso in cui cada in disamina la interpetrazione del contratto per lo quale l' appaltatore vuol procedere contra il contravventore, e 'l caso in cui senza cader in disamina la interpetrazione vuole l' appaltatore del dazio di consumo che gli si renda giustizia sul contravventore, o il voluto contravventore chiede la restituzione del genere preso come in contravvenzione — Per questo secondo caso il

Consiglio, *attenendosi al Decreto* **del** 28 *di gennaío* 1824 non dubitò di essere attribuita a' *giudici di circondurio* la giurisdizione per pronunziare sulle contravvenzioni in *dazî di consumo* che un Comune abbiasi imposto a norma della legge 12 di dicembre 1816.

Considerando che non vada confusa la materia di *contravvenzione a' regolamenti di Polizia urbana e rurale* con la materia di contravvenzione *a dazio di consumo*, *o a diritti di privativa* — La legge del 12 di dicembre 1816 nello articolo 57 dà una giurisdizione al Sindaco, ma *limitatamente nelle contravvenzioni di polizia urbana e rurale*, quando per la contravvenzione lo effetto sia non maggiore di 24 ore di prigionia, e di ducati sei per le multe e le indennizzazioni stabilite ne' regolamenti — Il legislatore ha *limitato* — quel che ne' limiti non fosse chiaramente compreso, non sarebbe nella giurisdizione speciale — La legge istessa nello art. 58 dà attribuzione al primo Eletto in caso di flagranza di semplici contravvenzioni di *polizia urbana*, ma ne specifica quattro casi, ed in alcun de' quattro *non è il contravventore a dazio di consumo*, *o di privativa* — La legge del dì 25 di marzo 1817, occupandosi di proposito nel titolo 1 a dettar le norme della verifica delle contravvenzioni, e delle sentenze sulle medesime, spiega nello articolo 1 ch' essa non intende là di altre contravvenzioni ordinar la procedura, se non di quelle sole di cui si occupano *l' articolo sesto*, e *l' articolo settimo*

della l. 21 *marzo* 1817 — Tutto quel che dettano gli articoli 1 a 16, 17 a 29, 30, 31 nel primo capitolo della legge 25 marzo 1817, tutto va dunque così inteso che si riferisca *non in generale* a contravvenzioni, ma *in ispecie* a quelle contravvenzioni di cui o nello art. sesto, o nello art. settimo della l. 21 marzo è parola.

E, quando S. E. il Ministro degli affari Interni nel 1 giugno 1833 sanzionò e rimise agl'Intendenti i modelli degli atti e delle sentenze de'Sindaci comunali come giudici del contenzioso amministrativo corrispondenti all'applicazione degli art. 1 a 7 della legge de'25 marzo 1817, di *Polizia urbana*, o di *Polizia rurale* spiegò trattarsi — di occupazioni di strada pubblica — d'innovazioni in essa adottò gli esempli allorchè fissò i modelli de' verbali di contravvenzioni — e nel modello n. 4, ove dettò la formola della sentenza che i sindaci pronunziano, appositamente richiamò l'attenzione loro a ponderare se la contravvenzione di cui trattasi fosse tra quelle contemplate negli art. 6 e 7 l. 21 marzo, onde fissar dopo tale ponderazione la idea di *competenza* — Lo stesso ripetè nel modello n. 6, ove la definizione di competenza si vede emergere o dal sesto, o dal settimo articolo della l. 21 marzo 1817.

Gli art. 6 e 7 della legge 21 marzo son relativi al *contenzioso delle strade*, alla *occupazione della loro area*, all'*obbligo di mantenerla*, all'obbligo *di riparar il danno* commesso a quelle — per analogia si estendono *a porti*, *a lidi*, *a fiumi*, *a canali*, *a dighe*,

a ponti e strade che gli costeggino o servan di *comunicazione* fra essi, a *piantagioni* che sostengano o adornino *strade o ripe*; e per analogia del pari si estendono *a tutto quel ch' è dipendenza del demanio pubblico*, *delle strade o delle altre proprietà pubbliche* — Ed il Decreto del 2 gennajo 1822 mentre comanda che si tuteli in tutta la sua integrità la distinzione de'poteri giurisdizionali costituiti dalle leggi 21 marzo e 29 maggio 1817, (la qual cosa era già luminosamente scolpita nello art. 199 L. organica giudiziaria) non risolve l' attuale dubbio, poichè è scritto per sottrarre dalle disposizioni dello art. 35 delle leggi penali quelle ammende che son attribuite a'Comuni dallo art. 194 della legge del di 12 dic. 1816 — Ma l' art. 194 di quella legge al pari che l'artic. 27 del Decreto 10 novembre 1819, tratta di multe non in generale, sibbene di quelle sole che derivino *da contravvenzione alle leggi ed a'regolamenti di Polizia urbana e rurale*; poichè van queste fra' proventi giuridizionali così come i diritti di polizia urbana sulle *concessioni di posti fissi e volanti*, come il *diritto sul peso e la misura pubblica* — Altronde l'art. 27 del decreto 10 novembre 1819 è scritto per *definir i proventi giuridizionali*, non e scritto per definir *quale sia il competente* giudice nella materia di cui ora il Consiglio si occupa — Nè si vedrebbe in tale articolo 27 la frase generica di *multe pronunziate da qualunque Tribunale, o autorità*, se unicamente l' autorità amministrativa competente fosse in materia di contravvenzioni

a procedere — Nè si vedrebbe nello art. 246 l. 12 dicembre 1816 la frase *i giudici di Pace e i Procuratori Regj spediranno alla fine di ogni mese l'avviso dalle multe pronunziate dai rispettivi Tribunali*, se non vi fosse giammai un caso di contravvenzioni giudicabile dal potere giudiziario.

Considerando che nella specie *non trattasi di contravvenzione a leggi o regolamenti di Polizia urbana e rurale*: La quistione sorge dal fatto di aver Giuseppe di Mauro dat' occasione allo affittatore della privativa del pane e del dazio sulle farine di qualificarlo contravventore, perchè portasse pane comperato in Torre annunziata per venderlo nel Comune di Somma in danno e del *diritto di privativa*, e del dazio.

Il Consiglio d' Intendenza è di avviso

che il Sindaco di Somma non sia competente a pronunziare sul verbale di contravvenzione, e debba al R. Giudice trasmettere il verbale medesimo, e 'l pane che dicesi tolto in contravvenzione, affinchè impartisca gli analoghi provvedimenti di giustizia secondo il Decreto del 28 di gennaro 1824 — (18 novembre 1837 Avviso del Consiglio d'Intendenza di Napoli)

N.° 456.

Reclamo - Proprietà - Affissi - Presunzione Fraude.

Nello art. 698 l. d. p. c. dopo essersi indicata la forma con cui può proporsi reclamo di proprietà, si soggiunge « . . . il creditore . . . potrà non ostante il richiamo di proprietà già prodotto, far apporre gli affissi pel giorno della vendita indicata nel processo verbale dell'usciere; e, scorso il giorno suddetto, dietro la pubblicazione degli affissi, *non sarà ammesso verun richiamo di proprietà* ».

Dubitavasi del senso di queste ultime parole, e sosteneasi che il reclamante *sempre*, a pena d'inamissibilità, venir dovesse *prima degli affissi*, non dopo la loro pubblicazione.

Pure non è questo il senso dello articolo—La gran Corte civile di Trani *accolse il reclamo di proprietà* interposto dopo la pubblicazione degli affissi da colui che avea prima creduto competente il Regio Giudice a definire del suo reclamo; --e, dopo aver quegli citato a comparire innanzi la Giustizia regia, essendosi avveduto della incompetenza avea rinunziato con riserba, ed era andato *ex integro* nel Tribunale a reclamar la proprietà — Ma nello intervallo tra la rinunzia al primo passo, e la iniziativa del giudizio nel Tribunale, incontrava l'ostacolo della seguita pubblicazione degli affissi per la vendita (*gran Corte civ. di Trani* 3 *dicembre* 1834)

Ricorso per violazione dell'ultimo comma dello art. 698 l. d. p. c. — *Rigetto* dopo matura discussione, fondato su seguenti principj

1. la legge nel permettere di reclamare la proprietà non ha fissato un termine

2. non vi sarebbe ragion sufficiente di privare il proprietario del diritto a reclamare la proprietà de'suoi beni, sol perchè abbia ignorato che i suoi beni siano stati esposti in vendita come proprietà di altri

3. l'ultimo comma dello art. 698 l. d. p. c. è relativo soltanto a'reclami *che si producono dopo che già altri abbia inutilmente reclamato la stessa proprietà*

4. « il fine della legge è per evitare i successivi ed interminabili reclami di proprietà de'quali si abusava sotto l'impero delle leggi precedanti — Pegnorati i beni, vi fu chi ne reclamò la proprietà — non è presumibile che azzittisse il vero proprietario il quale avrebbe potuto con profitto reclamarla, e che in vece sorgesse a reclamare chi non avendo alcun diritto era sicuro di soccumbere nel reclamo — In questo caso il silenzio del vero proprietario, unito al richiamo efimero di chi non vi ha diritto, fan presumere legalmente che il reclamo non sia diretto che a defatigare il pignorare — Questa presunzione di fraude è desunta dalla legge, non dalla sola circostanza di avere *il proprietario ritardato a reclamare*, allorchè a questo ritardo si unisca il reclamo cavilloso *prodotto da altri*

5. il reclamo fu prodotto in tempo utile,

errandosi nella scelta del giudice che dovea pronunziarne — la rinunzia sotto riserba sviluppò nel proporsi sulla stessa proprietà, sugli stessi mezzi e titoli, il reclamo innanzi al Tribunale civile — il reclamo discusso in G. C. ed accolto era dunque una *conseguenza del primo*, e non già un *secondo reclamo pregiudicato dallo antecedente* — suprema Corte di giustizia di Napoli 31 di agosto 1837 causa *Fantò* e *Cataldi*.

N.° 457.

Fatto — Interpetrazione — Annullamento Titoli — Valutazione — Giudici — Cassazione

(v. n. 17, 18, 21, 279,)

La giurisprudenza recente del Belgio offre esempli della inamissibilità di ricorso da quelle decisioni che toccano *interpetrazione* di atti, e *valutazione di fatto* — La disposizione testamentaria *tale*, quantunque fosse intitolata *giunta al testamento del tale dì*, pur nondimeno ed isolatamente sussiste, ed è indipendente dal primo testamento — È questa una decisione in fatto che non può offerir materia di ricorso (*cassaz. del Belgio 7 luglio 1834 causa Detheux et Degomzè*) — Il contratto di matrimonio non contiene la *instituzione*, in vigor della quale gli attori reclamano la successione *tale* — In ciò dire la Corte di appello non ha potuto violare la legge del contratto, perchè aveva essa il diritto di spie-

garne il senso (*cassaz. del Belgio* 23 *marzo* 1835 *causa Vanloo contra Demanet*) — Soscrivendo il *tale* contratto si è fatto dall'attore un atto commerciale — questa decisione in fatto non può esser sottomessa a censura (*Cassazione del Belgio* 18 *febb.* 1835 *causa Devinck contra Cattie.*)

N.° 458.

Vendita — Comperatore — Garenzia — Possessore — Molestie — Rescissione

L'articolo 1476 leg. civ. dà il diritto a rescindere il contratto per la sofferta evizione — Dubitavasi del se fosse applicabile al caso della tema per *molestie*, comunque *la evizione ancora non si fosse verificata* — del se almeno fosse giusto condannare il venditore *a far cessare le molestie*, onde il comperatore godesse il *pacifico possesso* della cosa comperata — Il primo giudice avea pronunziato la *rescissione*, sol perchè temeasi della evizione — In grado di appello il Tribunal civile di Lecce avea rigettato la domanda, nella quale racchiudeasi fra l'altro ciò, *che il venditore cessar facesse le* molestie — Ecco in qual modo la suprema Corte di giustizia ha pronunziato su tale quistione.

« Quantunque l'azione diretta a rescindere il contratto per motivo della garentia, non possa dal comperatore esercitarsi, se non quando abbia già sofferto l'evizione (art. 1476 leg-

gi civili) pure un comperatore, che regola con prudenza i suoi passi, non aspetta mai che il fondo comperato sia evitto per poi rivolgersi contra il venditore, ma chiama il medesimo in garentia subito che è turbato, e ciò tanto ad oggetto di non rimanere esposto al pericolo della disposizione dell' artic. 1486 dette leggi, quanto di obbligare il venditore stesso a far cessare le molestie, o a restituirgli il prezzo con le accessioni — (argomento dello articolo 1499 delle stesse leggi) »

« Da questi principj siegue, che se fu intempestiva la sentenza del primo giudice, *con cui dichiarò rescisso il contratto di vendita*, fu certamente più irregolare quella pronunziata in appello, che allo stato *rigettò la domanda* anche per quella parte con cui si era chiesto di obbligarsi i venditori a mantenerlo nel pacifico possesso della cosa comperata — Tal rigettò certamente fu in contraddizione degli art. 1449, 1471, e 1499 ll. cc. »

« Oltre a ciò la Corte suprema ha anche considerato che per aver diritto il comperatore ad obbligare il venditore a far cessare le molestie, basta che abbia *un giusto motivo da temere di essere molestato* — Or nel caso di cui si tratta, il comperatore avea mostrato che C . . . C . . . fondato sopra documenti, pretese nel difendersi da una imputazione correzionale che il fondo in quistione fosse di sua proprietà, per cui il Giudice correzionale dispose, che *le parti* (son parole della narrativa) *adissero i giudici civili per*

lo sperimento de' loro diritti , dopo di che si sarebbe pronunziato sulla turbativa sofferta per opera di C. . . — È chiaro perciò, che sotto tutt' i rapporti l' impugnata sentenza non fu giusta , quando in tale stato di cose rigettò la domanda del comperatore , anche per quella parte con cui avea chiesto che si obbligassero i venditori a dargli il pacifico possesso della cosa venduta.

Per questi motivi la Corte suprema annulla — (Corte suprema di giustizia di Napoli 13 luglio 1837 causa *Pedone* , *Stefanelli* , e *Cassiano.*)

N.° 459.

Fedecommesso mascherato — Usufrutto formale, e causale — Sostituzione — Testamento commesso ad altri — Nipoti Disposizione—Interpetrazione

(v. n. 220 , 334)

Nell' applicazione delle teoriche derivanti dagli articoli 815 , 816 , 835 , 892 , 928 , 943, 941, 944 , 965 , 1004, 1006 , 1125 l. c. , è notevole una discussione poco fà avvenuta.

Un testatore sotto lo impero delle vigenti leggi civili avea scritto così , dopo avere instituito in parti uguali due germani suoi *nell' usufrutto* eredi (*nullo dato coherede*) « a morte

» di ciascuno de' detti miei fratelli, nella por-
» zione sua che gli spetta e da me rimastagli ad
» usufruire, gli *lascio la libertà di rappresen-*
» *tarmi come io fossi vivente*; *per cui gl' im-*
» *pronto il mio nome* e la voce, *onde possa di-*
» *sporre della proprietà* della mia eredità a fa-
» vore di tutti, o di ciascun figlio maschio più
» meritevole che il medesimo designerà, esclu-
» se sempre le femmine in qualunque caso, ba-
» sta che vi sieno maschi viventi nella sua li-
» nea di ciascheduno ».

Il primo fra' due germani usufruttuarj che venne a morire nel 1824 scrisse il suo testamento così

« finalmente comando e voglio, anzi nomino per eredi universali e particolari della disposizione testamentaria fatta dal fu mio fratello D. Pietro li suddetti miei figli maschi Ciro e Pietrantonio, poichè ho preinteso che il medesimo D. Pietro Elia mio fratello avesse prima di morire disposto a favore di uno o più de' miei figli della metà della sua eredità, con la condizione che io avessi dovuto nominare colui che mi piaceva. —In questa disposizione ho testato, onde ubbidire al precetto del sudetto mio fratello—nomino perciò come sopra i sudetti miei cari figli, e così credo di aver adempito al precetto fraterno, avendo improntato la sua voce, tanto più ch' egli ultimamente prima di morire mi spiegò che così avessi disposto ».

Allo apparire di questa disposizione i figli di una sorella de' due testatori nel 1833 al Tribu-

nale civile di Salerno proponeano le loro domande per annullarsi la disposizione del primo testatore, e tra' vizj di quella, rimarcavano come in disprezzo della legge si leggessero là favoriti con preferenza *i nipoti maschi*, e si mascherasse una fedecommessaria sostituzione nel testamento da essi impugnato.

Grave addivenne la contesa, e comunque il Tribunale e la G. C. avesser definito *valido* il testamento, pure il sistema, cui per la *validità* si era opinato, incontrò forte censura nella Corte suprema di giustizia.

« Salve *le massime della università de' beni e de' diritti in corrispondenza del titolo ereditario*, e salve *le usate maniere d' intendere e favorire le volontà de' defunti*, *i quali nel solo fatto della scelta del testamento manifestano un abborrimento della morte intestata*: salvi questi canoni, le parti avean messe in disamina se fosser gli art. 943, 944 l. c., o gli art. 1004, 1006, applicabili — Se *causale* o *formale* fosse ad intendersi l' usufrutto di cui nel testamento si era disposto — se, permessa ritenendosi la disposizione a favor de' nipoti, dovesse o no quella di cui trattavasi esser *nulla* per la preferenza accordata a *maschi* — se *nulla* come costituente una *sostituzione fedecommessaria mascherata*, fosse a dirsi *valida* come portante una *instituzione di eredi* — se due separate idee si racchiudessero nel testamento, una disposizione di *usufrutto*, un'altra di *proprietà* — se *non disposta* ritenendosi la *proprietà*, andasse quella a' legittimi eredi, o se la

proprietà fosse ad intendersi *data agli usufruttuarj*, sotto condizione purchè piacesse loro di disporre, o *data agli eredi legittimi*, sotto condizione di rilasciar ove gli usufruttuarj ne disponessero—se un testatore potesse creare un procuratore a compiere il suo testamento, commettendo a lui di far nel tale o tale senso una seconda disposizione, o se le leggi di tutt'i tempi ciò vietassero *ex alieno arbitrio pendere testamentorum jura* — e qui aveano rammentato la l. 7 § 1 de reb. dub. « nec enim in arbitrio ejus qui rogatus est positum est *an velit restituere*; sed *cui* potius restituat — plurimum enim interest utrum in potestate ejus, quem testator obligari cogitet, faciat si velit dare: an *post necessitatem dandi, solius distribuendi liberum arbitrium concedat.* »

La suprema Corte ha ritenuto che i giudici del merito avessere definito *usufrutto formale* la nomina dal testatore fatta nelle persone di suoi germani con l'espresso carattere di eredi usufruttuarj, dal quale principio avesser fatto discendere che *la proprietà separata dall' usufrutto rimase presso gli eredi legittimi del testatore* — E qui la Corte suprema non ha trovato resistere nè al fatto nè alla legge la decisione impugnata.

Ma dopo ciò, la suprema Corte ha analizzato il sistema per lo quale i giudici del merito avean definito valido il testamento —ha ritenuto la suprema Corte che i giudici del merito per mettere in armonia questa separazione di usufurtto da proprietà, con le parole del testamento che permet-

teano agli usufruttuarj di disporre della proprietà, avessero immaginato un ritorno della proprietà da' *legittimi* agli *eredi scritti nell' usufrutto*: ritorno che prenderebbe la sua iniziativa dal solo pensiere che *gl' instituiti nell' usufrutto volessero mandare ad effetto la facoltà di disporre*, e *che sarebbe accompagnato dal rilascio degli eredi legittimi*, e *dal fatto della loro disposizione*.

La suprema Corte ha disapprovato questo modo d'interpetrare la volontà; ha ritenuto esser assurdo *soppiantar la propria alla volontà del testatore*, ed il creare disposizioni dopo la morte di lui, sviluppandole con la volontà e con la opera del terzo che si esercita dopo la morte del mandante — Ha soggiunto

» che volendosi ancor ritenere cotesti assurdi legali, diverrebbe necessario in senso assoluto di presupporre quel *ritorno della proprietà* in potere degli eredi usufruttuarj, che punto non traspare da conghietture somministrate dal titolo, gravi o lievi che fossero — che tal ritorno dovrebbe sentirsi limitato ad un punto, nel quale fosse designata la determinazione de' mandatarj di eseguir la commissione — e che il fatto del ritorno della proprietà, ed il punto della sua verificazione dovrebbero esser preparati da una triplice condizione

1. quella di presumere negli usufruttuarj la volontà di eseguire il mandato

2. quella di presumere che il pensiere di disporre sarebbe realizzato col fatto (e questa preci-

samente *a posteriori* indicherebbe il momento del ritorno della proprietà

3. quella in fine di presumere di essere imposto a' *legittimi* di rilasciare la proprietà in quello istante precisamente nel quale coincidesse la volontà degli usufruttuarj di eseguire il mandato di disporre, e con essa il fatto della disposizione »

Ha ritenuto la suprema Corte che ciò urta con le disposizioni dello articolo 1006 l. c. che serve di limitazione alle sostituzioni permesse negli articoli che a quello precedono—Perciò ha *annullato* nelle parti corrispondenti la decisione, per *violazione degli art.* 941 *e seg.* *e degli articoli* 816, 1004, 1006, 1125 *l. c.* — (14 settembre 1837 causa *Giannattasio*, *Elia e Genovese.*)

N.° 460.

Decisione — Doppia conforme — Giudicato — Tribunali antichi — Gravami — Inammissibilità — Annullamento — Ricorso

L'uso de' gravami che l'antico rito concedea fu con decreto del 4 marzo 1809 permesso alle parti, se la causa si trovasse ne' tribunali superiori della Capitale di Napoli già decisa con uno o più decreti non passati in giudicato — Fu dunque il decreto del 4 marzo 1809 modificativo in quanto a ciò dello art. 41 del regolamento de' 20 maggio 1808.

E notevole che in tali circostanze l'esame de' gravami cosiffatti fu sancito doversi far da nuovi tribunali di appello rispettivi, ma *col rito antico*.

Il Decreto del 4 di marzo 1809 risolve un grave dubbio che sarebbe insorto da tali disposizioni -- Dopo che il tribunal di appello con l'antico rito avrà reso il suo giudizio su que' gravami, competerà, o no il ricorso per annullamento alla Corte suprema? -- La risoluzione del dubbio sta così espressa » dalla decisione che i medesimi (rispettivi tribunali di appello competenti, col rito antico) profferiranno, sarà « permesso il ricorso in Cassazione nel solo caso che la decisione medesima non sia uniforme ad un precedente Decreto » -- (4 *marzo* 1809 *art.* 3 *bull. pag.* 419)

Di quì il Foro adottò l'aforismo « *doppia conforme non va soggetta a ricorso* » -- *Nella causa* tra Varola, Celenza, Stigliano fu interposta una decisione dallo abolito Sacro Consiglio -- pendeano *le nullità* avverso la decisione -- soppressi gli antichi tribunali, fu discusso il gravame delle nullità come si sarebbe discusso un appello -- Pronunziato nel 14 agosto 1811 il rigetto di quel gravame dalla Corte di appello di Napoli, fu interposto ricorso per la Cassazione -- Fu a nostra difesa dichiarato irricettibile il ricorso (1819 settembre).

Nella causa tra 'l Banco delle due Sicilie e Filo, alla Corte suprema si è presentato il caso di una decisione resa dall' abolita commessione feudale, nella quale permetteasi allo ex-barone di

ritenere un residuo di prezzo del feudo, attese le perdite sofferte nella stessa commessione feudale -- La gran Corte civile di Trani, cui dopo ciò presentavasi l' azione del venditore del feudo per ottenere il residuo del prezzo, e la accezione del comperatore fondata sulla decisione della commessione feudale, avea dichiarato di *competere il diritto di ritenzione* a termini della decisione della commessione feudale del 24 luglio 1810 -- (*G. C. civile di Trani* 20 *di dicembre* 1827.)

Ricorso. — Irricettibilità motivata dal principio « *doppia conforme non va soggetta a ricorso* » -- La Corte suprema di giustizia di Napoli ha avuto occasione di vagliare se fosse il caso del decreto del 1 marzo 1809 -- La ragione di dubitare nascea da che la commessione feudale è *abolita* -- La ragione di decidere fonda in ciò che non è fra gli *antichi* tribunali -- e che la G. C. non ha giudicato nè giudicar potèa di *gravami* avverso la decisione della commessione feudale -- Quindi, *ferma la regola*, non è applicabile al caso -- « non trattasi di un giudicato degli *antichi* tribunali confermato da' nuovi, qual sarebbe il caso contemplato dal citato decreto, ma di un giudicato della commessione feudale che non era uno degli antichi tribunali -- il giudicato della commessione feudale non fu impugnato da alcun gravame, nè poteva esserlo, e la decisione della gran Corte non ha nè rivocato, nè confermato quel giudicato, ma ha pronunziato sulle basi

di quel giudicato, ed ha statuito sopra oggetti non esaminati e non decisi dalla commessione feudale» (Causa *Filo* Corte suprema di giustizia di Napoli 21 agosto 1837.)

N. 461.

Annullamento—Ricorso—Decisione—Motivazione—Omesso argomento dedotto

(v. n. 22.)

Una distinzione interessante va fatta fra *capo di domanda omesso* e non curato *argomento* che le parti nelle loro deduzioni e difese avessero allegato—Recentissima giurisprudenza francese del 1838 ne assicura di questa verità.

» Non si richiede motivazione sopra ciasciun degli argomenti che le parti abbiano potuto presentare allo appoggio delle rispettive loro pretenzioni—unicamente si richiede la motivazione sopra ciascun capo di *domanda*, e sopra ciascuna *eccezione* che si trovino formolate nelle loro conclusioni ».—Cassazione di Parigi 3 gennajo 1838 —causa Bérit per la eredità di saint-Gassies, Bonne, e Barrieu.

N. 462.

Evitto possessore — Prezzo — Feudalità abolita - Commissione feudale - Regresso - Garantia - Demanio - Stato - Competenza - Liquidazione - Commessione de' Presidenti delegata

Coloro che sofferirono evizione di cose, o di diritti aboliti per le leggi e pe' decreti eversivi della feudalità, per gli atti, o regolamenti del Governo dichiarativi delle stesse leggi e degli stessi decreti, o per la costante uniforme applicazione di essi contenuta nelle decisioni della Commessione feudale, furono privi di regresso contra i venditori, da'quali aveano causa. La già Corte di appello di Altamura oggi G. C. di Trani applicava questo principio in sua decisione del 31 agosto 1810 — e la Cassaz. di Napoli lo riteneva in suo arresto del dì 11 di giugno 1811 — v. Catalani tom. 1 pag. 152.

Questa regola però andava soggetta ad eccezione per lo caso in cui il possessore evitto potesse dimostrare che per un *fatto del venditore, indipendente da quello delle leggi posteriori*, egli sofferisse evizione di cosa non abolita dalle leggi e da' decreti eversivi della feudalità — E la eccezione andava subordinata ad una condizione; purchè il possessore convenuto innanzi alla Commessione feudale avesse (e ciò sotto pena di *decadenza* dal

diritto) denunziato all'autore suo la lite, citandolo legittimamente innanzi alla stessa Commissione.

Si addottavano disposizioni particolari per le vendite fatte dallo Stato dopo il 14 febbrajo 1806, e si accordava regresso pel solo caso in cui nel contratto fiscale si fosse espressamente indicata a favor dello acquirente la *esenzione* da'diritti e da servitù le quali poscia avesser dato luogo a divisione di terre demaniali — ciò sotto particolari norme dal legislatore indicate, e sotto pena di *decadenza*, ove standos' in possesso da più di due anni allorchè la divisione delle terre demaniali si fece, non si fosse *reclamato prima*, o innanzi alla Commessione feudale, o innanzi a'tribunali ordinarj, contro allo esercizio di que'diritti o servitù che operaron la divisione

Preparata ove si fosse, e non terminata, l'azione di garantia contra il demanio dello Stato, il legislatore volle che fra sei mesi il possessore evitto ne statuisse le domande innanzi a'tribunali ordinarj competenti, e scorsi i sei mesi definì *le azioni suddette* rimarranno irrevocabilmente *perente* — Ordinò una conciliazione come preliminare al giudizio, ove si trattasse di garantia contra il demanio, o che fosse provveniente da decisioni della Commessione feudale, o che da ordinanze de'Commissarj.

Alla Commessione conciliatrice delegò speciali poteri onde liquidasse *la quantità* dovuta per garantia, poteri che furon tolti a'tribunali ordinarj — « i giudizj de'tribunali sulle azioni di garantia abbracceranno il solo diritto delle parti alla indennità ».

Queste son, fra le altre, le disposizioni racchiu-

se in decreto del 9 di luglio 1812 (*bull. pag.* 20 *a* 28) cui è correlativo il decreto del 12 novembre 1812 (*bull. pag.* 268) che proroga i sei mesi a tutto aprile 1813 — Ma è interessante oltre a ciò conservar memoria di un rescritto mentovato in recente arresto della suprema Corte nella causa di cui narreremo le circostanze.

Il comperatore di un feudo devoluto, avea nella Commessione feudale risentito perdite, e poichè avea chiamato in garantia il Fisco, aveva ottenuto dalla Commessione feudale la dichiarazione di essergli salve le ragioni pel regresso contra *lo Stato* venditore, l'autorizzazione a ritenere un residuo di prezzo pendenti le liquidazioni.

Sedici anni dopo il Banco delle due Sicilie succeduto ne'diritti del fisco chiedea quel residuo di prezzo, ma la G. C. civile di Trani rispondea competere al convenuto la *ritenzione* a'termini della decisione della Commessione feudale—Soggiungea che il convenuto specificasse la quantità del danno, perchè potesse liquidarsi il credito suo da contrapporsi a quel suo debito di residuo prezzo. (G. C. civile di Trani 20 dicembre 1827) — Due interessanti oggetti furon allora sottoposti alla disamina della Corte suprema di giustizia.

1. se per lo decreto de' 9 luglio 1812 avesse dovuto dirsi *perenta* l'azione di garantia ?

2. se spenti i poteri della Commissione creata nel 1812 per le garentie fiscali, fosse a dirsi l' autorità giudiziaria divenuta competente a liquidare la quantità dovuta per garentia, o no? — Nella ne-

gativa se fosse de' Consigli d'Intendenza o no il conoscer di tali liquidazioni ?

La Corte suprema sulla 1. quistione osservò »... la perenzione dell'azione di garantia minacciata dal decreto (9 *luglio* 1812) non è applicabile al caso in esame; perciocchè non trattasi di azione *preparata* innanzi alla Commessione feudale, ma di giudizio quivi *terminato* in *quanto al dovere*; dapoichè non fu fatto al comperatore salvo solamente il regresso contro al venditore per le perdite sofferte, ma fu del pari autorizzato il comperatore a ritenere il prezzo residuale non ancora pagato durante la liquidazione delle indennizzazioni a lui dovute ».

Sulla 2 quistione ritenne fallace il principio di esser cessata la giuridizione dell'*autorità amministrativa* per essersi abolita la Commissione liquidatrice — « *l'abolizione di un ramo non importa l'abolizione del corpo intero — finchè il corpo esiste è esso che anima le sue braccia, e che rimpiazza le membra ammortizzate* ».

Soggiuse la Corte suprema « i giudici del me-
» rito hanno sconosciuto sull'oggetto la Sovrana
» risoluzione annunziata con *rescritto del* 24 *ot-*
» *tobre* 1817 — Esso venne fuori per la causa di
» *Tagliavia*, e 'l *Demanio*, ma comprese una di-
» sposizione *generale* anche per l'avvenire — Gio-
» va trascriverne una parte — Ho proposto simil-
» mente la quistione sull'autorità che deve liqui-
» dare le indennità, cui il Demanio è condanna-
» to — In questa, ed in cause simili trovandosi
» dismessa la Commessione delle garantie fiscali..

» La M. S. ha Sovranamente risoluto ..... è dele-
» gata la Commessione dei Presidenti della G. C.
» de'conti alla liquidazione dei compensi, ai quali
» il Demanio trovasi, *o potrà essere in avvenire*,
» *condannato per simili cause* — Che per le teo-
» riche fin quì spiegate tutto al più a favore dell'au-
» torità giudiziaria dir si potrebbe, che sotto l'azio-
» ne di garantia attribuita ai Tribunali cade la
» definizione de'diritti, corpi, o fondi perduti in
» senso della Decisione della commissione feudale
» e su'quali è dovuta una indennità — Sia pur
» così, ma *quale sia l'ammontare* del corpo per-
» duto, quale *il suo valore*, e se questo debba
» pagarsi in *contanti*, o *in cedole*, son cose tut-
» te che sfuggono la giuridizione ordinaria, e
» delle quali può conoscere la sola autorità am-
» ministrativa, e quel ramo di essa, che da S. M.
» è stata specialmente delegato » — (Corte supre-
ma di giustizia di Napoli — *Banco delle due Sicilie* 12 agosto 1837).

N. 463.

Terzi — Res inter alios — Patti — Favore del non intervenuto

(v. n. 443)

Il terzo, comunque non intervenuto nel contratto, può trarre vantaggio dal patto con cui altri siesi obbligato di dare, o di fare qualche cosa a di lui pro? — (v. art. 1075 l. c.)

Due fratelli avean convenuto con istromento sotto l'impero delle vigenti leggi una comunione e società universale—aveano pattuito che quando l' un de' due senza figli premorisse, senza prole e senza testamento, l'altro darebbe alla vedova del premorto *la tale* annua prestazione—Premorì il primo senza figli — La vedova di costui domandò contro al cognato la prestazione — Ma essa non era intervenuta nello istrumento — Rispinta in prima istanza ed in appello, essa ne ricorreva alla suprema Corte di giustizia.

La Corte suprema ritenne che nello strumento fosse una stipulazione *condizionale* (1121 l. c.) e che trattandosi di condizione *casuale* (1122 l. c.) non contraria a' buoni costumi, non proibita dalla legge, fosse a dirsi quella stipulazione *valida* (1125 l. c.) — Quindi, verificata la condizione, fosse dovuta la osservanza alla promessa.

Analizzò la regola « *niuno può stipulare a favor del terzo* » — ma la definì inapplicabile al caso in disamina, perchè il defunto (*nello interesse del quale certamente era il tramandar alla moglie sua quell' annua prestazione*) validamente stipulò a favor di quella — rammentò di Marcello « *si stipuler alii*, *quum mea interesset*, *stipulationem valere* (*l.* 38 §. 20 *de verb. obl.*) — osservò che, se il defunto non fosse rimasto certo dello adempimento di quel patto, avrebbe *testato* e così il germano raccolto non avrebbe *ab intestato* i beni — que' beni, che col patto di dar la somministrazione alla vedova, si vedeano tramandati a lui, sotto condizione se la eredità fosse *in-*

testata, ciò sottointendendosi nella condizione se il germano senza prole, e senza testamento verrebbe a morte — Quindi la vedova potè profittare del patto, quando per morte di suo marito *dies cessit*, *dies venit solutionis*, non essendo stato mai rivocato antecedentemente il patto stesso a di lei pro solennemente convenuto—La Corte suprema *rinviò all' art.* 1075 *l. c.*, *e cassò*—(causa *Circolone e de Lucretiis* 11 di luglio 1837.)

N. 464.

Annualità-Riduzione impugnata-Amministratori-Luogo pio-Autorizzazione mancante-Atti di ricognizione - Ne usurae ultra duplum

(v. n. 45, e 413.)

Quando l'antico rito era in vigore, una Università, di cui il Patrimonio era dedotto nella Regia Camera della Summaria, avea nel 1765 da' suoi creditori preteso che rilasciando per lo passato ogni attrasso de' loro interessi, si riducessero dal cinque per cento al due per cento per lo avvenire le annualità — e come l'uso di quel tempo tolerava, la carta in cui tale convenzione esprimeasi, era firmata dall'avvocato della università, dall'avvocato e proccuratore *nomine creditorum*, e da taluni creditori personalmente — La Università avea promesso

la omologazione per *Regiam Cameram* — La carta vedeasi presentata a quel supremo collegio — vedeasi rimessa *domino fisci patrono*, e nulla di più — Era fra' creditori della Università una Congregazione; ed era nello interesse di questo pio luogo che dubitavasi della validità, o nullità di quella convenzione, poichè il Comune era ricercato degli attrassi dal 1670, che nella carta del 1765 leggeansi condonati alla debitrice, fino al giorno della soscrizione di quell'atto — Il pio luogo non era intervenuto nel 1765; ma per un secolo, quasi per due, non avea chiesto quegli arretrati interessi, la qual cosa diceasi far presumere la remissione — Altronde si dicea che *esecuzione volontaria* avesse il pio luogo accordato alla carta del 1765, esigendo le annualità secondo quella, remissivamente a quella stessa — E la regola *major pars* entrava pure in disamina, atteso il concorso de' molti creditori che acceduto aveano col loro espresso consenso a quel *rilascio* di arretrati, a quel *ribasso* di annualità per lo avvenire.

Il Tribunal civile di Salerno disse *nulla* la convenzione del 1765 — Rigettò l' eccezioni, e condannò il Comune agl'interessi in ragione del cinque per cento dal 1670 al 1828, ed a que' dal 1828 in avvenire.

Appellò il Comune.

La gran Corte civile di Napoli il 16 novembre 1825 ritenne

1. che il commessario del patrimonio di quella Università in marzo 1787 avesse spedito mandati di pagamento al Banco in favor de' creditori, fra'

quali anche in favor del pio luogo, dando esecuzione alla carta del 1765 — che ciò facesse stato contra il pio luogo eziandio — viemaggiormente vedendos' i ripartimenti (in seguito de' quali si spedivano i mandati al Banco) portar la clausola « *auditis omnibus interesse habentibus* »

2. non esser nuovo sotto le antiche leggi che nel concorso di più creditori, sia ne' patrimonj, sia in altro, la *maggior parte* a se traesse la *minore*, come accade per le vigenti leggi in materia di fallimento

3. che tutti gli atti fatti nello antico patrimonio in Regia Camera fossero più che sufficienti, per non aver bisogno di altre solennità, la mancanza delle quali non potev' altronde essere opposta al Comune, in favor di cui erano stabilite — soffermò il suo giudizio alla dichiarazione di diritto, ed ordinò una specifica.

Ricorso e del pio luogo, e del Comune, occupò la Corte suprema.

1. l'*expedit* e 'l Regio assenso manca (diceva il pio luogo) — nè *presunzioni*, o *conghietture* valgono a supplirlo — Dunque son violati i Dispacci del 19 giugno 1769, e 10 febbraio 1771 — è violata la regola *quod ab initio non valet etc.* — è violato l'articolo 1350 c. c. (1304 *l. c.*) — Gli atti di voluta *ricognizione* dell'obbligo nullo, non conteneano i requisiti dello art. 1338 c. c. (1292 *l. c.*) — nè, privi di sanzione superiore, offender poteano il pio luogo creditore

2. valida ed eseguita la convenzione, sosteneva il Comune — gradatamente rammentava la massi-

ma *ne usurae ultra duplum*, affiancata dalla l. 27 *c. de usur.* atteso l'immenso cumulo degli arretrati pretesi dal pio luogo.

La Corte suprema ritenne che l'atto del 1765 restò imperfetto, privo de' solenni, e restò sempre *inefficace* a produrre effetto legale — che il pio luogo non avrebbe potuto abbandonare una parte de' suoi diritti senza i solenni; e fuor de' casi riconosciuti dalle leggi, e civili, e canoniche — quindi *riduzione d'interessi* in quella carta del 1765 non avrebbe potuto trovarsi validamente consentita — che per l'art. 1291 e seg. l. c. non ostava l'aver ricevuto il pio luogo un pagamento con la clausola *giusta la convenzione*—Sull'articolo *ne usurae ultra duplum* intiera la quistione alla Corte rinviò, poichè non trovavasi alcuna discussione essersene fatta nel primo giudizio dalla gran Corte — Cassò 13 luglio 1837 — Corte suprema di giustizia di Napoli (causa pel Comune di *Montecorvino* e *Congregazione de' 63 sacerdoti*).

N.° 465.

Autorizzazione mancante-Tutore-Atti-Ricognizione-Confessione-Debito-Pupillo-Minore non pregiudicato

« Chi non può *donare* non può *confessare* (opportunamente è scritto in un arresto), poichè sarebbe ciò un mezzo per frodare la legge — e que-

sta regola dettata dalla istessa ragione, si vede altamente proclamata dalla legge 27 del digesto *de probationibus* ».

Il tutore avea *riconosciuto debito* del pupillo quel che diceasi non essere stato mai del defunto — La gran Corte civile disse che questo riconoscimento fatto dal tutore fosse valido — la suprema corte censurò, osservando che sarebbe aperto l'adito a colorire i *nuovi debiti* col finto nome di *debiti del defunto* — rammentò che la *ricognizione* non dispensa dall'obbligo di esibire il titolo primordiale, e per violazione degli art. 380 e 1291 l. c. — cassò — Corte suprema di giustizia di Napoli 24 di agosto 1837 causa *de Milato*, *Petruni* e *Barbaro*.

N.° 466.

Legittimazione di persone-Successibili - Albero genealogico-Parrocchie-Cointeressati non presenti al giudizio - Eredità

Di legittimata, o non legittimata persona, contendeasi nello interesse di coeredi — Un albero genealogico rilasciato dal Parroco *secondo i libri battesimali*, si diceva inefficace a pruovar che i tali e tali fossero parenti in grado, e *successibili al defunto*, comunque si trattasse di nati pria che gli atti dello stato civile fossero dalle nuove leggi istallati.

Oltre a ciò dubitavasi del se, *non tutt' i successibili*, ma talun fra essi vedendosi nel giudizio, ciò bastasse, o pur no.

La suprema Corte sulla prima, di quell'albero, genealogico parlando, ritenne che la discendenza (ivi espressa accuratamente, riscontrata e verificata su' libri Parrocchiali) fosse efficace a far fede circa la *legittimata persona* de' contendenti — Sulla seconda ritenne che, ove è *concorso* di più *successibili nello stesso grado*, può ciascuno sperimentare i diritti proprj senza dell' altro, salvo il quistionare nella esecuzione, del se nel dividersi la eredità, la quota de' non comparsi, debba accrescersi a quelli già concorsi: che *ammettere i presenti solo in quanto alle quote loro*, non offenda alcuna legge — (5 *settembre* 1837 corte suprema di giustizia di napoli causa *Mignonosa* e *Sartore.*)

N.° 467.

Scrivere - Sottoscrivere - Testamenti - Nullità - Equipollenti

(v. n. 361)

Il Tribunale civile e la gran Corte degli abruzzi avean ritenuto valido il testamento ricevuto il 10 luglio 1814, *non sottoscritto dal testatore*, e privo di menzione della causa per la quale il testatore non avesse potuto sottoscriverlo — La supre-

ma Corte cassò con arresto del 15 novembre 1831 — La gran Corte di rinvio, malgrado che si volesse per via di equipollenti dimostrare che il testatore non potè *sottoscrivere*, ch' egli non sapea *scrivere*, dichiarò *nullo il testamento* — Ne fu interposto ricorso — fu rigettato il 5 di settembre 1837 — causa *Bona* — *Tarrilli* — *di Paola*, corte suprema di giustizia di Napoli.

N.° 468.

Minore - Maggiore qualificato simulatamente - Contratto - Validità

La *semplice* dichiarazione fatta dal minore di esser *maggiore* non lo esclude dal beneficio della restituzione — questo canone scritto nello articolo 1261 l. c. ha dato occasione di dubitar se fosse applicabile al caso di un minore che volendo contrattar da maggiore, abusato avea dell' atto di nascita di un germano predefunto, lo avea fatto creder suo, lo avea prodotto ed inserito nello istrumento — poscia allo adempiere le obbligazioni assunte chiamato, rispondea « *minore* fui leso, e l' atto di natività non è mio ».

Interessante è un arresto reso dalla suprema Corte di giustizia di Napoli su tal proposito — Ivi si rammemora fra l' altro

« .... che le leggi di tutt' i tempi hanno protetto gl' *ingannati*, e non gl' *ingannatori* — le leggi romane negavano al minore che si asseriva maggiore

il beneficio della restituzione, quando *fallaci majoris aetatis mendacio* ingannava il creditore (*l. 2. c. si minor se majorem dixerit*); e la ragione di siffatta disposizione è rapportata nella legge susseguente, *cum malitia suppleat aetatem*—le leggi in vigore hanno serbato la stessa regola »

« . . . e quantunque nello art. 1261 l. c. si legga la *semplice dichiarazione* fatta dal minore di esser maggiore non può escluderlo del benefizio della restituzione; pure è notevole la espressione di *semplice dichiarazione*, e non già di *una dichiarazione fallace*—in questo secondo caso la legge istessa immediatamente soggiugne nello art. 1264 che contra le obbligazioni nascenti dal suo delitto, o quasi delitto, il minore non è restituito in intero — (*v. arr. Corte supr. di giust. di Napoli* 3 *ottobre* 1837 causa *Attanasio*, *e de Vita.*)

N.° 469.

Interessi—Liquidazione—Migliorazioni—
Enfiteuta-Devoluzione-Apprezzo

(v. n. 259.)

L'enfiteuta espulso per devoluzione reclama le migliorie — Da qual giorno saranno dovuti a lui *interessi* sul capital valore delle migliorie liquidate?

La Corte supema di giustizia ha censurato una decisione nella quale si accordava il decorrimento degl'interessi dalla epoca della *domanda*, e non

dalla epoca della *liquidazione* avvenutane, otto anni dopo la domanda medesima

« l'enfiteuta dimandò per prezzo delle migliorie una somma molto maggiore di quella liquidata posteriormente con la perizia — sotto questo rapporto *il padrone diretto pria della liquidazione delle migliorie non fu in mora*; e se moroso è stato dal giudice qualificato, è censurabile la determinazione » — (*rinv. all'art.* 1100 *l. c.*) — C. s. di Napoli 7 settembre 1837 — *Cassa di ammortizzazione*, *Garofalo* , e *Perrino*.

N.° 470.

Compensazione-Debito-Credito-Illiquido-Liquidazione imminente-Riconvenzionale dimanda-Competenza-Giudice

(v. n. 40, 165.)

La *compensazione* definivasi nello antico diritto così « *debiti et crediti inter se contributio* (v. l. 1 de compens.) — Ubero scrivea « fit ipso jure, *non per actionem*, *exceptionem*, di tal che soggiungea « ut effectum habeat *antequam* in judicio sit opposita » — (rinviava alla legge 4 del digesto ed al titolo del codice *de compensasionibus* (*v. Huber. ad pand. de quib. reb. ad eund. judic. eat. n.* 2.)

Toullier osserva non esser necessario di opporre la compensazione « se non per istruire il giudice di un fatto ch'egli non può indovinare, cioè che le due parti erano reciprocamente debitrici, e che per conseguenza i due debiti sono estinti; come si è nell'obbligo di *opporre*, e di esibire la ricevuta a chi reclami un debito di già soddisfatto « — Ma egli soggiunge » che la compensazione si opera di pieno diritto, mercè la sola forza della legge, perchè la rispettiva estinzione de' due debiti non produce il suo effetto solamente dal giorno in cui la compensazione vien opposta in giudizio, o dichiarata dal giudice; ma *dal giorno in cui le parti son divenute reciprocamente creditrici e debitrici l'una dell'altra»* — Egli osserva che la compensazione presenti due aspetti, ed abbia due specie; l'una che produce il suo effetto di pieno diritto, *ipso jure* alla insaputa delle parti ed anche loro malgrado dal giorno in cui le parti son divenute scambievolmente debitrici, onde può chiamarsi compensazione legale — l'altra che non può produrre il suo effetto se non per via di eccezione, *exceptionis ope*, dal giorno in cui è stata opposta (*Toullier tom.* 7 §. 344, 345.)

Ove la compensazione si fosse invocata fra un credito liquido ed un credito illiquido, solea venire a disamina la distinzione fra *diritto illiquido*, e *quantità illiquida* provveniente da *diritto certo* — E due argomenti soleano invocarsi per sostenere se non la vera compensazione, almeno un diritto di *ritenzione* in pendenza delle ricerche tendenti a fissare la *quantità*

1. sull'argomento della legge 173 § 3 *de reg. jur.* solea dedursi che, avrebbe agito *con dolo* quegli che costretto avesse a pagare oggi, mentre l'indomane avrebbe dovuto restituire

2. sull'argomento della legge 4 c. *de usur.* solea dedursi che, privo ancora di *patto espresso*, il creditore avrebbe avuto la facoltà di *ritenere* il pegno datogli per la sorte, onde tutelar le usure convenute—ad imitazione di ciò, avrebbe avuto la facoltà di *ritenere*, differendo l'adempimento di un proprio debito, per salvare ciò che l'indomane gli si dovrebbe per una causa *già oggi chiara ed innegabile*.

Ma tutto ciò presupponea, l'estremo di esser *certa* la causa dalla quale muoveas'il diritto d'illiquida *quantità*—E tal'era l'uso di giudicare negli ultimi anni in cui il sacro Regio Consiglio fu presso noi, che ripeteasi come aforismo « *inter liquidum, et mox liquidandum fit compensatio, dummodo sit* certa *caussa debiti*—Quando non solo incerta fosse la *quantità*, ma si dubitasse ancora della *verità* e della *certezza del diritto*, rispingeasi non solo la *compensazione*, ma eziandio la *ritenzione*—(*Decisione del S. R. C. di Napoli del* 19 *gennajo* 1804 *causa* Buono *e* Chiusani *presso* Paolella.)

Nelle nuove leggi le parole di cui fa uso l'art. 1245 l. c. stringono il campo alla discettazione allorchè esigono da colui che voglia compensare gli estremi pruovati 1 di *somma* di danaro—2 o di quantità *determinata*, se si tratti di cose fungibili—3. delle cose fungibili vogliono che sia *istessa*

la specie—4 e che sieno egualmente *liquide* ed *esigibili*; tranne il caso delle *prestazioni non controvertite di grani e di derrate*, il valor delle quali regolandosi dal prezzo de' mercati pubbblici, offre materia alla compensazione con *somme* liquide ed esigibili—(*v. gli art.* 1245 *a* 1253 *l. c. art.* 1291 *a* 1299 *c. ab.*)

Gli eruditi interpetri dell'antico diritto e del nuovo ravvicinavano la *compensazione* alle *riconvenzioni*, e ne vagliavano l'analogìa in talune circostanze, che in talune altre non concorre.

Invero la *compensazione* si fa per solo ministero della legge, ma la *riconvenzione* sta fra le azioni e le eccezioni « *quatenus reus se defendit, non dilatando judicium, nec excludendo intentionem actoris, sed* potendo id quod sibi debetur eodem tempore quo contra eum agitur, et in eodem judicio (*v. Huber. ad Pand. de quib. reb. ad eundem judicem eatur n.* 2)—La riconvenzione racchiude idee di vicendevole *azione*, di vicendevole *domanda*—(l. 11 § 1. *de jurisd.*—l. 1. § *ult. de extraord. cognitionibus*—l. 6. *cod. de compensat.*—cap. 12 *extra de mut. pet.*)—Ulrico Ubero la definiva « *reciproca actio, per quam reus actorem apud suum judicem de alia causa convenire potest, contrahendi lites gratia* » — Ed Henrion la definiva così « Vi è riconvenzione sempre che per *eccezione* ad una *domanda principale* si opponga un'altra *domanda principale* ».

Ubero analizzando i caratteri della *riconvenzione*, e ponendola al confronto con la *compensazione* osservava esser la compensazione limitata a quelle

cose *fungibili* « quarum una *prompte alterius vice fungi potest*, absque inaequalitate vel affectione, sicut etiam de *liquidis* non *controversis debitis*» — per l'opposto esser la *riconvenzionale* ammessibile ovunque ne avvenisse il caso » de quibuslibet rebus corporalibus, incorporalibus, liquidis, aut controversis indistinte » — (*Huber. ad pand. de quib. reb. ad eumd. judic. eat.* — *v. Toullier tom.* 7. § 344 — *Ved. Heinec. ad pand. lib.* 16. *tit.* 1. § 214.)

Roberto Maranta scrivea che il reo convenuto avesse una doppia via per rispingere l'attore « *primum est per viam compensationis* — . : . In quibus cessat remedium compensationis necesse est recurrere ad *secundum remedium, scilicet reconventionis*, per quod plenius sibi consulitur (*Maranta par.* 4 *an sit judic. convent. vel reconvent. n.* 2 *e* 3.)

Le consuetudini antiche di Parigi forsi non riconosceano riconvenzionali domande innanzi alla giuridizione *secolare* — (v. Ferriere e Denisart, e Merlin nella parola *riconvenzione*, e v. Toullier tom. 7 § 357.) Ma nel 1580, riformata la consuetudine, fu ritenuto che la riconvenzione avesse luogo quando però dipendesse dall'azione, quando la domanda fosse una risposta avverso l'azione dapprima intentata (*v. Loisel lib.* 5 *tit.* 11 *reg.* 2.)

Toullier rinviando a Loisel sostiene come una teorica « la riconvenzione non ha luogo se non *nella stessa cosa* che forma l'oggetto del piato » (*tom.* 7 § 358)

Heinneccio ed Ubero prima di Toullier aveano

scritto che il foro della Sassonia e della Germania non ritenesse ammessibile la figura delle riconvenzionali, se non quando concorresse l' estremo di *connessità* (*Heinn. ad. pand. lib.* 21 § 257 *in nota — Huber. ad pand. de quib. rem ad eumd. judic. eatur n.* 6.)

Pure fra' dottori antichi e moderni taluno credè ammessibile la riconvenzione, quando anche non fosse per *la identica materia* di cui l' attore contendea — Ubero che avea sostenuto *de alia causa* convenire potest, avea rischiarato cosa intendesse per questa frase *de alia causa*, cioè *sine distinctione qualis sit actio* in rem *aut* in personam, poenalis *an rei* persecutoria, bonae fidei *aut* strincti juris; *non tamen si criminalis sit.*

Perezio avea nitidamente spiegato questo concetto che per la legge 14 c. de sent. et interlocution. fosse così, la riconvenzione avesse luogo *purchè* « in causa dependente in negozio *moto ex conventione* » — ma che per lo diritto novissimo la cosa tutt' altra fosse; e senza richiedersi l' estremo *ut negotium per reconventionem objectum* oriatur ex eadem causa quae causavit conventionem, bastasse avere un diritto, una ragione di chiedere, diritto *etiam ex diversa causa ortum*; poichè tale fosse lo spirito della novella 96, di ammetter le riconvenzioni anche *in diversis negotiis* ed egli soggiunge che la giurisprudenza de' suoi tempi ciò ritenesse « *uti communiter est receptum* » — Egli ne dava per ragione che lo scopo delle riconvenzioni mirasse al bene pubblico, a far che in uno, e non in due giudizj, le parti contendessero — E Voet, e

Maranta non si allontanano dalle teoriche sostenute da Perezio—(*v. Perez. ad tit. c. de sent. et interl. n.* 22 23.)

Tra' Dottori moderni *Francescantonio Roberti* già avvocato generale della suprema Corte di giustizia di Napoli peritissimo giureconsulto chiarissimo per le sue opere, scrisse nel 1832 un trattato delle azioni e dell' eccezioni ; e là, di proposito sulle *riconvenzionali* intrattenendosi, narrò la opinione di Toullier, l'analizzò, la combattè, e non abbiamo che a rinviare alla sua opera (*tom.* 2 p. 251) per le sagge osservazioni che là racchiudonsi.

Gio. Battista Sirey scrisse una dissertazione sull' articolo del se la riconvenzione avesse luogo anche quando *non dipendesse dall' azione*—Rammentò la legge 14, e la nov. 96 cap. 2—rinviò a *Voet pand.* (*de judic.* § 86), ad Heinec. (*pand.* 2. 1 256), ad Hellefeld (*jurisprud. forens.* § 204), narrò la opinione di Hoffaker (*princ. jur. civ.* §. 4216), e fra' i moderni rammentò che Henrion de Pensey nel suo trattato dell' autorità giudiziaria avesse così opinato, che l' attore in generale dovesse rimanere sottoposto a quella autorità che ha invocato contra i suoi avversarj, ripetendo dalla l. 14 c. *de sententiis* con Heinnecio « *leges enim probant hoc axioma, cujus in agendo actor servat arbitrium, eum et contra se habere non dedignari debet* »—(*v. Sirey dissetaz. tom.* 15 1 20)

Invero, fissando l' attenzione a' principj del Romano diritto conviene mettere a calcolo una distinzione di tre epoche

1. secondo l' antichissimo diritto romano il con-

venuto avrebbe avuto uopo impetrare l'azione dal Pretore, quasi considerandosi come un *nuovo* separato, giudizio la riconvenzionale domanda

2. Giustiniano nella legge 14 cod. de sent. et interloc. narra che ne' libri delle quistioni di Papiniano (il quale egli chiama *summi ingenii vir*) fosse scritto *non solum judicem de absolutione rei judicatae, sed et ipsum actorem si e contrario obnoxius fuerit inventus, condemnare* — e Giustiniano trova questa sentenza non solo plausibile, ma da ritenerla in senso più esteso, di tal che (*son le parole della legge 14 cod. de sent.*) liceat judici vel contra actorem ferre sententiam, et aliquid eum daturum vel facturum pronunciare, nulla ei opponenda exceptione *quod non competens judex agentis esse cognoscatur.*

3. all'istesso Giustiniano poscia si presentò il caso di quel tale che vedeasi svagato dal giudice innanzi a cui era attore, sol perchè il convenuto muovea innanzi ad altro Giudice una riconvenzionale domanda — Allora si fece osservare allo Imperatore « *uterque seorsum actoris obtinet officium* » L' Imperatore considerò « *miserandum quidem et risibile inde veniebat: mox enim cum voluisset aliquis propriam movere litem, repente is qui ex diverso convenerat apud alium judicem trahebat eum apud quem ipse sortitus fuerat judicem, et alterutros protrahentes immortaliter permanserunt litigantes* » — Egli risolve così « *Sancimus igitur si quis obnoxium arbitratur habere* (Gotofredo osserva *idest reconvenire*) *eum qui contra se conventionem exposuit, non* apud alium *judicem, sed*

apud eum *mox a principio convenire : et eumdem esse judicem in* utroque negotio » (*nov.* 96 *cap.* 2—*v. nov.* 123 *cap.* 25 — *v. l.* 22 *de judic.*)
Non v'è dubbio che alla regola vada fatta eccezione mettendo a calcolo i casi che posson verificarsi e dalla parte de' contendenti, e da quella de' giudicanti

1. Per ciò che riguarda i *contendenti* rammentiamo la dottrina di Voet—il tutore, l'amministratore che agiscano in nome del pupillo o dello amministrato, possono essere riconvenuti ove colui nel di cui nome essi agivano, formi subietto della riconvenzionale domanda ; ma non vi è luogo a riconvenzione se dirimpetto all'azione che essi promuovono a nome del pupillo o dell'amministrato, sorga nel giudizio una riconvenzionale « *de eo, ad quod dandum, faciendum, praestandum, restituendum, ipsi nomine suo proprio, non quia tutores aut administratores obligati sunt ; ne dum forte reconventionis metu ipsam conventionis litem intentare reformidant ac differunt, commoda pupillorum, eorumve quorum res gerunt, neglecta depereant—uti viceversa tales suo nomine proprio experiuntes, reconventionem pati non tenentur de eo quod reo convento debitum ab his quorum tutelam aut negotia tractant* (*Voet ad tit. de jud. n.* 81)

Questa teorica va applicata al caso del socio che sia stato attore per un diritto della società, e che veggasi riconvenuto per un particolare suo debito, o viceversa (*Voet ad tit. de jud. n.* 82)—al caso del garante che evocato dal convenuto venisse a rilevarlo, e promuovesse una riconvenzionale contra l'attore principale che nulla avea preteso contro di lui, poichè avea promosso la lite contra

il convenuto evocante e non contro di lui (*Voet*, *ibi n.* 83)

Non va applicata per l'opposto la teorica al caso di un erede convenuto o attore, il quale per la massima « *singuli separatim pro portione hereditaria debent* » può attaccare e può essere attaccato in senso di riconvenzionale domanda, laddove, preteso da più eredi un credito, venga un di essi a contropporre la riconvenzionale, che nel proprio nome gli compete per un diritto suo proprio (*Voet istesso eccettua questo caso loc. cit. n.* 78.)

Ubero scriveva « *actorem oportet esse qui suo* » *nomine convenitur*; alieno nomine agentes de pro» pria causa reconveniri non possunt » (*ad tit. de quib. reb. ad eumd. jud. n.* 4.)—esempli son questi due di eccezioni alla regola per circostanze che derivino *dalla parte de' contendenti*.

2. Per ciò che riguarda *giudicanti* rammentiamo i principj dello stesso Voet pei quali egli definiva assurdo « *reconventionem fieri apud judices de causis talibus, quae ne ex speciali quidem jurisdictionis prorogationes possent per eos determinari* »—di che egli adduce come esempio quello della esistenza di una giuridizione particolarmente incaricata di conoscere cause feudali —Dato il caso di una contestazione in materia ordinaria innanzi al giudice ordinario, egli dice che non potrebbe statuirsi innanzi a questo medesimo giudice ordinario una riconvenzionale che fondasse sopra materia feudale, appartenente a separata giuridizione (*Voet n.* 85 *ad tit. de judic.*)

Altrove offre l'esempio della causa di minor somma affidata alla giuridizione di un Magistrato, men-

tre le cause di maggior somma appartengono ad un altro Magistrato « *tunc enim uti prorogatio admittenda non est, per rationes in titulo de jurisdictione n.35, ita nec reconventionem admitti ex eisdem fundamentis verius est, quoties praxis contraria non appareat* (*Voet ad tit. de judic. n.* 85)—di tal che malgrado la teorica *inter convenientes, et de re majori apud magistratus principales agetur* (*l.*28 *dig. ad municip.*), malgrado l'altro canone *judex qui usque ad certam summam judicare jussus est etiam de re majori judicare potest si inter ligatores conveniat*—(*l.* 74 § *judex de judic.*) »—Si legge nel trattato del Roberti la opinione di lui « queste regole non valgono quando per uno statuto organico giudiziario la giuridizione di alcuni giudici si trova limitata a somme certe, o determinate e cause particolari ad oggetto di facilitare il disbrigo degli affari, e render meno grave il peso delle liti. Allora si urterebbe contra il principio organico, e si sovvertirebbe il fine del legislatore diretto al bene ed al commodo pubblico » (*Roberti tom.* 2. *p.* 259) —Egli rapporta la dottrina di Toullier secondo la quale innanzi ad un tribunale di commercio se fosse prodotta una riconvenzionale, di cui l'oggetto non appartiene a questo Tribunale, sarebb'esso obbligato anche *d' officio a dichiararsi incompetente in quanto alla riconvenzionale*—se la riconvenzione fosse prodotta innanzi al Regio Giudice in istanza il di cui oggetto principale non eccede i limiti di sua giuridizione, mentre che l'oggetto della riconvenzione sorpassa il valore della compe-

tenza, dovrebbe dichiararsi *incompetente* il giudice a risolver sulla riconvenzionale domanda.

Quì però soggiunge una distinzione tratta pure da Toullier—essa consiste in ciò che se la riconvenzionale sorga dallo *stesso titolo dell'azione primitiva*, allora perchè è fondato sullo stesso titolo l'*azione* e la *riconvenzione*, Toullier opina, il giudice circondariale doversi dichiarare incompetente *per tutto*, abbenchè vedesse che l'azione sola fosse da lui competentemente giudicabile—(*Toullier tom.* 7 *n.* 417)—Roberti osserva che questo principio sia tratto da che non può scindersi la continenza della causa—fondata nel medesimo titolo l'azione e la riconvenzione, sorge una connessità, una individuità, per la quale il giudice diviene incompetente così nell'una causa, come nell'altra—(*trattato delle azioni ed eccezioni Roberti tom.* 2. *pag.* 260)

Giova sul proposito indicare l'ultimo stato della giurisprudenza napoletana secondo le massime adottate nella suprema Corte di giustizia.

Un conduttore di mulini avea convenuto co'mercatanti di cereali di riscuoter da essi un *tanto* per ogni tomolo di generi che recherebbero alla sua macina, compreso ciò che pagar doveasi per dazio doganale—Nello strumento di questa convenzione avea pattuito che laddove ad altri mercatanti egli permettesse di macinar a prezzo minore, esigerebbe non più il tanto a tomolo che i contraenti nel titolo gli promettean, sibbene un tanto di meno che facesse goder anche a' medesimi quel ribasso che gli altri goderebbero.

I negozianti intervenuti nello strumento con questi patti mandarono i cereali a quel mulino, e pagarono costantemente il prezzo convenuto sin quando si avvidero che ad altri negozianti accordavasi un risparmio.

Allora procurarono di ritardare i pagamenti del prezzo di molitura, per aprirsi l'adito a goder anch'essi del risparmio secondo il patto—Ma il conduttore del mulino, accumulati che furon appena duc. 37 78, adì il Regio giudice, e di questa *lieva somma* per la quale senza dubbio quegli era competente, domandò la soddisfazione in virtù dello strumento.

I negozianti in virtù dello strumento istesso proposero libello ricenvenzionale, e di *somma indeterminata* statuiron domanda « date a noi (*dicendo*) quel ribasso che ad altri avete permesso di godere »

Il Regio Giudice considerò che la domanda riconvenzionale essendo *d'incerto valore* soffermò la sua competenza sull'azione primitiva, scisse i due giudizj, si dichiarò competente per la condanna che pronunziò a favor dello attore originario in ducati 37 78; e si dichiarò *incompetente* a pronunziare sulla domanda de'convenuti, originarj attori in linea rinconvenzionale.

Appello — Il Tribunal civile di Avellino a'30 settembre 1836 sulle difformi conclusioni del P.M. dichiarò *competente per tutta la causa il Regio Giudice*, ed avocando il merito, dichiarò dovuto quel che nella riconvenzionale domanda si chiedea — Ciò disse considerando che la lite fondasse in

un contratto di *affitto* per lo quale il Giudice Règio è competente per qualunque somma.

Ricorso—non trattasi di affitto, ma di contratto innominato, di convenzione per lo prezzo di molitura, e per lo pagamento di un dazio doganale; ed a ben distinguere ciò che nella riconvenzionale domanda richiedeasi, il ribasso non si domandò per diminuire il prezzo di molitura, sibbene per diminuire il pagamento del tale dazio doganale; violati perciò gli art. 21 l. org., 91 l. d. p. c., 1555, 1061, 1245, e 1088 ll. c., e l. ult. c. de compensat.

La suprema Corte elevò la quistione « se il giudice Regio competente a procedere sull'azione, lo sia del pari a pronunziare sulla domanda riconvenzionale del reo »

ritenne che « le leggi in vigore non trattassero appositamente della riconvenzione, e per conseguenza sia necessità ricorrere alle leggi anteriori non abolite per questa materia »

rammentò la legge 14 *cum Papinianus* (*cod. de sent. et interl.*) desumendone che l'istesso Giudice competente a procedere sull'*azione*, potesse procedere sulla *riconvenzione*, purchè tre estremi concorressero

1. connessità fra l'*azione* e la *riconvezione*.
2. un *istesso* fonte motore dell'una e dell'altra
3. e l'uno e l'altra relative *alla istessa causa*, e per dirla con le parole della istessa legge, coincidenti in *eodem negotio*.

La suprema Corte ritenne che la riconvenzione la quale coincide in *eodem negotio* « non è che un *eccezione*, o almeno una compensazione—

« Qualificata la riconvenzione per domanda di compensazione, le nuove leggi non dubitano che debba esaminarsi dal Giudice dell'azione, opponibile in qualsivoglia stato di causa; anche in appello (*argomento tratto dall'art.* 528 *l. d. p. c.*) ».

La suprema Corte vagliò in tale occasione il dubbio derivante dall'esser *liquido* il credito degli attori, ed *illiquido* il credito del reo, dalla quale circostanza si dicea derivare che non potesse qualificarsi compensazione la domanda riconvenzionale (*arg. art.* 1245 *l. c.*)

La Corte suprema rinviò alla legge 73 § 3 *de reg. jur.*, e scrisse così « non bisogna confondere gli effetti della compensazione con la compensazione medesima; imperciocchè quando i due debiti sono liquidi si estinguono per ministero delle leggi, e senza la saputa del debitore — ove poi questa circostanza non concorra, non è perciò vietato al reo di opporre un suo credito illiquido, il quale se non estingue il credito dello attore *ipso jure*, lo potrebbe dopo la liquidazione — ed è dato alla prudenza del giudice in pendenza della liquidazione sospendere la condanna sull'azione, per la regola di diritto *dolo petis quod mox redditurus es*—è sempre vero adunque *che la compensazione benchè di un credito illiquido non lascia di essere eccezione—e questa non lascia di esser domanda riconvenzionale giudicabile dallo stesso giudice dell'azione*—(suprema Corte di giustizia di Napoli 21 settembre 1837, causa Parisi, de Sanctis, e Gaeta.)

N.° 471.

Venditore—Prezzo non soddisfatto—Fallita — Mobili non mercanzia

(v. n. 11, 47, 181.)

Il venditore non soddisfatto ha privilegio sul prezzo della cosa che vendè — ha diritto oltre a ciò di risolvere il contratto di vendita, e di ridomandare la cosa venduta, di cui il prezzo non gli è stato soddisfatto.

Quid se divenga fallito il comperatore?—Distingui —si eran vendute *mercanzie*?—ne trattano gli art. 576 e seg. cod. di comm. (570 *l. di eccez.*)— Non si eran vendute *mercanzie*?—si sta alle regole del diritto comune, non a quelle del diritto commerciale.

Daremo due esempli tratti da una decisione della Corte Reale di Parigi in 3 cam. e da un'altra della Corte di Rouen in 1. cam., entrambe di novembre 1837.

Nella prima la Corte considerò che la condizione risolutoria è sottintesa ne' contratti sinallagmatici, e che l'azione risolutoria è di essenza nel contratto di vendita—considerò « che i principj relativi alla risoluzione di un contratto di vendita in caso d'inadempimento a' doveri del comperatore sono applicabili alla vendita di *mobili*, ed

alla vendita d'*immobili*, non facendo la legge alcuna distinzione ».

« Che non esiste eccezione alle regole del diritto comune, altra che quella degli art. 576 e seg. cod. di comm. (570 *seg. leg. di eccez.*) i quali articoli si occupano *specialmente ed esclusivamente delle mercanzie* acquistate dal fallito, e non pagate prima del fallimento ».

« Che a ragione di queste mercanzie la legge commerciale ha sostituto all' azione di qualunque rivindicazione ed a qualunque privilegio una particolare azione in rivindicazione espressamente ristretta a quelle sole mercanzie, le quali avendo il marchio, o essendo ancora sotto corda imballate, sieno tuttavia nel viaggio, non sieno state ancora immesse ne' magazzini del fallito, nè in quelli dei commissionati da lui per venderle, non sieno state ancora rivendute dal fallito, in guisa che queste mercanzie *non si abbian potuto confondere* con tutte le altre da lui possedute ».

Applicando questi principj al caso di un artefice che avea fornito macchine permanenti ne' magazzini del negoziante fallito senza esserne stato intieramente soddisfatto, ritenne la Corte che le disposizioni dell' art. 576 cod. di comm. (570 *leg. di eccez. seg.*) come leggi *eccezionali*, punto non riguardassero tali macchine che era tali per loro natura da *non poter essere confuse* con le mercenzie di cui facea commercio il fallito — (*causa Perier, Ghaper, Sindaci Viguier e Lançon 11 novembre* 1837.)

Nella seconda decisione la Corte di Rouen aveva

a giudicare il caso dell' artefice che dopo aver costruito lo stiglio pel negoziante, poscia rimase creditore di lui per tale oggetto vendutogli, e vide quel negoziante fallire — Veniva a disamina il privilegio derivante dall' art. 2102 cod. civ. (1971 l. c.) a confronto con l' art. 576 cod. di comm. (*art.* 570 leg. di eccez.)

La Corte scrisse così

» attesochè l' art. 2102 stabilisce in favor del venditore di effetti mobili non pagati un privilegio speciale sul prezzo di tali effetti, posseduti dal debitore »

« che questa regola del *diritto comune* dee ricevere la sua applicazione in *tutti i casi* in cui non sia stata da una legge speciale, ed in via di eccezione derogata »

» che indarno si chiederebbe trovar questa eccezione fra le istesse disposizioni dell' articolo 2102 cod. civ. (1971 l. c.) motivando che questo articolo nulla abbia innovato alle leggi ed agli usi di commercio circa la rivindicazione »

» che da questa ultima disposizione nulla può desumersi circa la materia di privilegio sul prezzo degli effetti mobiliari, ed altronde bisognerebbe sempre ricercare in quali circostanze ed in quale scopo le leggi commerciali avesser modificato, o ristretto la rivindicazione accordata al venditore dal codice civile — ma che questa modificazione, e per lo stesso codice, e per lo spirito del codice di commercio, *non può applicarsi che alle sole mercanzie* le quali fanno l' oggetto di commercio del comperatore; e di cui

la sola introduzione ne' suoi magazzini impedirebbe per lo più riconoscere la *identità* »

» che questo è l' essenziale motivo per lo quale si è determinato il legislatore in materia commerciale a ristringere in certi casi, e sotto particolari condizioni il diritto di rivindicare *mercanzie propriamente dette* »

« che queste restrizioni erano comandate dalla necessità di *prevenire frodi*, e d' impedire sostituzioni »

« che le considerazioni tratte dalla *confidenza* la quale possono avere i terzi nella solvibilità apparente del loro debitore *non sono state un motivo sufficiente* per lo legislatore onde rifiutare il privilegio al venditore, poichè secondo l' articolo 2102 istesso cod. civ. (art. 1971 l. c.) ed altre disposizioni legislative *i terzi possono vedere disparire una parte degli effetti* mobiliari del debitore loro sempre che i privilegj o le rivindicazioni sieno la conseguenza di obbligazioni puramente civili »

« che nella specie trattandosi *non di mercanzie* destinate ad essere rivendute, ma di uno *stiglio* comperato dall' industriale per l'uso del magazzino in cui esercitava il suo commercio, stiglio che ha una destinazione speciale, e presso che immutabile, che *non può essere assimilato* alle mercanzie di cui si parla nello art. 576 e seg. del cod. di comm. (*conc.* 570 *leg. di eccez.*) »

« che in tale caso non può temersi nè la *confusione*, *nè la frode*, da cui il legislatore ha voluto garentire i creditori ».

Per siffatti argomenti la Corte di Rouen, con-

fermò la sentenza appellata — ritenne ben dichiarato il *privilegio del venditore nella fallita* a' termini dell' articolo 2102 cod. civ. (1971 *l. c.*) ed esser inapplicabili gli art. 576 e seg. del cod. di comm. (570 *leg. di eccez.*) — Udienza del 29 nov. 1837 Corte di appello di Rouen.

N. 472

Testamento — Olografo — Data — Mese — Giorno — Errore

(v. n. 861, 467, 444.)

Nulla di più grave ne' testamenti olografi quanto la loro data — Merlin che discute la quistione se gli olografi testamenti faccian fede della loro data malgrado che siano atti di privata soscrizione, osserva che la legge confidando al testatore, e la sua autorità per disporre, ed un carattere per redigere la propria estrinsecata volontà, sublimi l' uomo in questo atto, e lo elevi dalla classe de' semplici particolari « essa lo erge in legislatore, in Ministro della sua propria legge, in Uffiziale pubblico per quanto riguarda questa parte » — Egli rammemora l' espressioni di Richard nel trattato delle donazioni *part.* 1. *n.* 1560 — « non vi è alcuna differenza a fare per la data fra 'l testamento olografo, e le altre specie di testamenti passati innanzi Notajo » — Discute e combatte l' eccezioni che si faceano a tale principio nel caso in cui venisse a morire il testatore dopo aver perduto la capacità di testare, e resiste alle opinioni di coloro che credean am-

missibile il principio della data certa, purchè il testamento fosse apparso in vita del testatore o pria di sopravvenirgli la capacità di testare—Egli crede che si darebb' effetto retroattivo alla perdita dello stato, e che si chiederebbe a torto di veder manifestato un testamento pria della morte di un testatore — ne desume la massima « la scrittura e la segnatura del testatore costituiscono tutta la sollennità del testamento olografo.

Basnage rapporta una decisione del parlamento di Rouen per la quale fu rispinta la domanda di pruovare che un olografo testamento fosse antidatato, malgrado che forti presunzioni ciò facessero intendere (*Besnage comment. art.* 422.)

Brillon rapporta il caso della Dama Dauvergne la quale dopo aver disposto con testamento olografo di tutta la sua doviziosa fortuna, l' indomane si dedicò a Dio nel chiostro, divenne monaca professa, incapace di testare — Due mesi dopo il Sig. Maingny fa deposito di questo testamento presso Notajo — L' atto di deposito è semplice, nulla esprime di particolare — La donna muore — Il testamento è impugnato — Una sentenza du Chatelet dichiara valido quel testamento (*Brillon testament n.* 12.)

Nella causa Flereau la Corte di Cassazione di Parigi ritenne che il testamento olografo come solenne faccia fede di per se stesso in quanto alla sua data. (*Sirey* 10. 1. 289.)

Invero la data è di essenza nel testamento olografo poichè la legge lo dichiarerebbe nullo se non fosse datato dal testatore (art. 970 c. c., *conc.* art. 895 l. c.) — ma nelle scritture pri-

vate non v' è legge che obblighi i contraenti a metter *la data* sotto pena di nullità.

Il testamento è l'atto in cui l'uomo rammemora il termine de' suoi giorni — non sarebbe concepibile che in quell' atto istesso egli tenda ad ordine una fraude, ed a macchiarsi di una falsità.

Ma se la data, per un errore scritta dal testatore fosse difettosa, indi corretta, potrà alla data corretta aversi fede, potrà dirsi datato ne' termini di legge il testamento argomentando da enunciazioni scritte in esso, che rischiarino la data vera? — *Quid* nel caso di un errore caduto nel *millesimo* solo: il mese, e 'l giorno indicati con un *millesimo* erroneo, si terranno come erronei ancor essi, o nò? — In altri termini *datare* un testamento olografo sotto pena di nullità, significa scriver tre elementi isolati, *anno*, *mese*, *giorno*, o sarà considerato come un oggetto *unico*, *ed indivisibile*? — di tal che la parola del *millesimo* errata, non possa venir supplita dal testatore medesimo che dica aver errato e corretto il vero *numero dell'anno*?

Interessante è questa disamina; ed in gennajo 1838 la Cassazione di Francia ha avuto ad intrattenervisi per la eredità di *Saint-Sassies* morto a Bordeaux il 22 di giugno 1835.

Esisteva un testamento olografo di Saint-Gassies, che tenea due date — Una così espressa 20 *maggio* 1818, dopo la quale vedeasi la soscrizione del testatore — Un' altra immediatamente dopo, che leggeasi pure scritta indubitatamente dal testatore, concepita così « *dico Milleottocentoventinove* ».

Contendeasi di nullità della instituzione racchiu-

sa nell'olografo — e si dicea: doppia data, doppio testamento — La falsa data 20 *maggio* 1818, dee intendersi volontariamente scritta *per render vana la disposizione*—Falsa data essendo quella del 1818, è vano l'attenersi all'espressioni di giorno, e mese *venti maggio*: la nullità derivante dal *millesimo* dee trarre seco la nullità della data di mese, e della data di giorno, perchè la data è unica in tre parti, ed il vizio dell' una colpisce tutte le tre di assoluta nullità — L'aggiunzione delle parole *milleottocentoventinove*, è di una epoca sconosciuta ed incerta, e non rileva dalla nullità; perchè non ripete eziandio la indicazione di giorno e di mese.

Il Tribunal civile di Bordeaux dichiara valido il testamento, e ne ordina la esecuzione.

Appello—la Corte il 5 agosto 1836 conferma, osservando fra l'altro che la data 20 maggio 1829 era assicurata da un elemento di verità scolpito nell'istesso atto—Il testatore avea scritto che egli avea 75 anni quando testava, e questa età veramente avea nel 1829, non l'avea che di 64 soli nel 1818.

Ricorso—per violazione dell'art. 970 c. c. (*conc. art.* 895 l. c.) in ciò che senza attenersi al rigore de' principj pe' quali un olografo non datato è nullo, abbia quella Corte sublimato come per equipollente la semplice nunciazione della età del testatore, e ne abbia tratto che la data certa del 20 maggio 1829 fosse a dirsi la vera.

La Cassazione di Parigi sulle uniformi conclusioni del P. M. ha ritenuto « che la ricerca della vera data di un testamento, allorchè dubbio cada su di essa, e la ricerca della vera intenzione di un

testatore appartenga a' giudici del merito, e *se la giurisprudenza ha fatto ammettere di dovere i giudici della causa ricercare di ciò gli elementi della loro convinzione nel testamento medesimo*, tutto concorra a pruovare che nella specie di cui si tratta la Corte Reale di Bordeaux si sia a cosiffatta regola uniformata — Rigetta il ricorso — (*Cassaz. di Parigi* 3 *genn.* 1838.)

N. 473.

Competenza—Somma lieve — Tribunali — Credito originario di somma grave— Sequestro presso terzi

(v. n. 165.)

Trattavasi nel Tribunale civile di un sequestro presso terzi — Il credito per lo quale si era fatto sequestro era di duc. 180 a titolo d' interessi su di un capitale di duc. 6000.

Ma questo capitale diceasi dovuto per delegazione di un venditore che intendea col prezzo del fondo dismettere il debito, e che perciò incaricava al comperatore di soddisfarlo nella scadenza — ed il comperatore non pagava, perchè discettava del se *la vendita rimaner dovesse ferma o pur no* — Il Tribunale occupato essendosi di tale sequestro ne pronunziò — Dalla sentenza fu interposto appello — Fu dubitato del se fosse a credersi inappellabile per ragione di somma la sentenza—La G. C. ritenne ammessibile l'appello. Fu prodotto ricorso avverso la decisione; ed in suprema Corte fu riprodotto l'argomento del

se in una causa di duc. 180 soli avesse potuto la G. C. ritenere *ammessibile* l'appello.

La suprema Corte osservò — « sebbene si trattasse in apparenza di un sequestro di duc. 180, la quistione però non riguardava soltanto la sudetta somma, ma versava nel vedersi *se la vendita fatta era rimasta ferma* . . . la gran Corte civile ha ben rilevato che la causa essendo relativa ad un oggetto maggior di duc. 300, gli appelli avverso le sentenze de' primi giudici erano ammessibili, ed ha rigettato la insussistente eccezione della loro inammissibilità — (Corte suprema di Napoli causa *Alcanices e Degen* 22 agosto 1837.)

N. 474.

Affittatori—Comuni—Dazî—Polizia urbana e rurale—Contravvenzioni—Risponsabilità — Sindaco—Eletto—Negligenza

(v. n. 65, 865, 455.)

Abbiamo avut' occasione di pubblicar un nostro lavoro intitolato « *Analisi di diritto applicato in materia di polizia urbana e rurale*, tendente ad esonerare i Comuni da risponsabilità per le omissioni de' Sindaci ne' giudizj di contravvenzioni. (Napoli da' torchi di G. B. Seguin 1838.)

La materia quivi discussa ha formato oggetto di nostro aringo in G. Corte de' conti per la missione onorevole compresa in Ministeriale (aff.

Int. del 17 febbrajo 1838) così espressa «.... approvo che il Cav. Vaselli, il quale in questa pendenza non può intervenire come Consigliere d'Intendenza, continui a difendere la causa, nella quale potrà spiegare tutto lo zelo in difendere il Comune da Avvocato, animato vieppiù che or si trova chiamato a tutelarlo per la carica che occupa. »

Daremo a suo luogo notizia de' risultamenti di questa grave discussione, la quale è interessante e per se stessa, e per le induzioni che ne procedono — Per ora ecco il tenore della nostra già pubblicata analisi.

Fu una epoca memoranda per la Città di Napoli, in cui i pubblicani mascherati di santo zelo verso il comune fingeano di offerirgli un bene, riducendo ad annua somma determinata la eventualità di un provento, la incerta riscossione di qualche dazio comunàle — Fatto coacervo da ciò che i registri non fedeli indicavan come rendita del provento, o del dazio, una meschina annua mercede, pattuivano come conduttori del vettigale; e miravano ad impinguar la loro fortuna, da una banda con l'appesantire sul popolo circa il modo nella riscossione della quale assumevano il diritto, da un'altra banda col preparare sull'ambiguità di un patto, sulla oscurità di una espressione fatta correre a bella posta nel contratto, gli elementi e le speranze di una lite per la quale il Comune verrebbe e dilaniato fra gravi spese giudiziarie, e condannato a dare a quel pubblicano tanto quanto a titolo di estaglio avea creduto raccoglierne, anzi un

dippiù, ed un dippiù gigantesco; in guisa tale che tutto l' utile del contratto svanisse, il dazio, i proventi non s' intendessero che tormentosi per gl' individui, senza prò del bene collettivo, anzi con evidente rovina degl' interessi appartenenti al peculio della grande famiglia del Comune — di tal che la Città di Napoli avrebbe potuto sul fatto di propria esperienza sclamare che Ulpiano non s' ingannò quando scrisse il periodo racchiuso nelle prime linee della legge 12 sotto il titolo *de publicanis et vectigalibus*.

Fra rimarchevoli avvenimenti di questo genere fu il caso del pubblicano Schettini; caso di funesta rimembranza — il cespite locato condotto nella specie di quel pubblicano, lungi dal dare menomo introito alla Città, una seria e dispendiosa lite, una condanna le costò, ed una grave desolazione d' interessi — Nel caso di Schettini si era detto che affittavasi a lui il diritto di esiger *le licenze*, più gli si affittava la metà delle *multe* che si trarrebbero ne' casi di contravvenzione — i giudizî di contravvenzione furono a buon conto ritenuti come d'interesse del conduttore, e nello stesso tempo del locatore — Furono negletti i giudizî, mancaron per negligenza del locatore, del Comune, le istruzioni de' processi da cui le multe locate dovean provvenire — Di questa negligenza fatta materia di lite, il Comune di Napoli fu succumbente in linea di danni interessi a favor del conduttore.

Fu però quella una scuola pei casi ulteriori — il contratto come era scritto operò la condanna del Comune in pro di Schettini — Quando la Città ebbe occasione di contrattar con un altro pubblicano, for-

molò in tutt'altra guisa il contratto — ed è di questo secondo che oggi trattasi, non già del primo.

Il cespite comunale, il diritto così detto *licenze di fortificazione*, questo cespite per mille dugento ducati l'anno fu locato nel 1823 dalla Città di Napoli a D. Bernardo Piroscia — Una tariffa, secondo la quale per lo innanzi la Città esigeva un tanto per ogni opera negli edifizî che si fabbricherebbero secondo le tali e tali circostanze, costituì la materia della locazione col nome « *diritti di licenze* » — Piroscia subentrò nell' attitudine di riscuoter secondo quella tariffa tanto quanto la Città avrebbe riscosso ove non avesse conceduto in affitto quel *cespite comunale*

Ragion voleva che di *garantia* si parlasse. Nel contratto si disse « *Il corpo municipale darà al » fittuario la garantia a' termini di legge* ») espressioni del patto undecimo dello strumento)

Ragion volea però che si rammentasse il caso di Schettini—A lui si era dato in affitto non il cespite solo delle *licenze*, sibbene eziandio *la metà delle multe* che deriverebbero da' casi di contravvenzione—Così Schettini avea ricevuto in affitto *multe* — la parola *multa* esprimeva un *fine*, di cui *mezzo assoluto* è il giudizio di contravvenzione— Locando il *fine*, si era obbligato il Comune di far che *il mezzo* fosse a sua cura e carico. I giudizî di contravvenzione aveva inteso di prometter che si farebbe ro a sua cura, come di due condomini, di due socî, di due coeredi nella cosa istessa, l'un de' due locando all' altro *la metà del prodotto di essa*, ciò dice ch' egli sta cointeressato per dividere il prodotto, cointeressato, cioè *coobligato a far che ven-*

ga il prodotto—dice che quest'*obbligo di fare* produrrà azione di danni interessi ove egli *non faccia*: perchè ne ha egli voluto assumer l'obbligo—*Metà di multe*, ciò avendo dato in affitto, il locatore ha garantito che le *multe* si provocherebbero ne' casi di contravvenzione a cura *di lui*, del locatore—Locando il provento delle multe ciò ha voluto esprimere: non mancherà la cosa locata: non mancherà un introito di multe in quei casi in cui la legge ne autorizza la riscossione: non mancherà il giudizio di contravvenzione che forma titolo per introitarle—ed oltre a quest'obbligo il locatore ne ha assunto un secondo: egli ha voluto cedere i crediti di metà di ogni multa al conduttore—In ciò fare egli ha voluto prometter di provvederlo del titolo volta per volta ond'esigesse.

Appositamente adunque nel contratto fra la Città e Piroscia le *multe* furon eccettuate e disgiunte dalla locazione. E, fatto riflesso a ciò che le multe sono un *provento giuridizionale*, e *le licenze* sono un altro *cespite* tutto del *peculio* Comunale, fu spiegato che si affittava a Piroscia il diritto per esiger *le licenze*, ma che il diritto per incassare *le multe* non si affittava per ombra, riserbavasi al locatore—Son parole del patto VIII « *Ne' casi* » *di contravvenzione si procederà giusta le leggi* » *e regolamenti in vigore—Le multe apparterr*» *ranno intieramente al Comune* ».

Questi due patti parean l' egìda per lo Comune, poichè a chiare note i patti di Piroscia tutt'altra idea destavano per non far assimilare il contratto suo con quello di Schettini—Pure i ducati cento mensuali appena Piroscia per pochi mesi pagò, introitando immensa e ricca mole di *diritti di li-*

cenza da que' che secondo le leggi, secondo una tariffa già da lunghi anni in uso, conoscean che chi fabbricasse ne' tali e tali casi provveder si dovesse di *licenza* pagando la tale somma—tosto in lui nacque ad esempio di Schettini il disegno di attaccar lite alla Città sul pretesto di non essersi raggiunti e multati i contravventori — credè potere ben oltre ingigantir sua fortuna — intessè la storia di esser molti che fabbricano senza licenza — quindi presso che in tutto l'ambito della città finse veder contravventori, e pretendendo che il Sindaco *giudice* della polizia urbana esercitasse giuridizione contra l'immenso numero di que' ch' egli mostrava, indirizzò proteste nel 1823, e 1824 al Sindaco *tutore* del Comune, per danni interessi.

Taluno di questi notamenti sulle prime credè il Sindaco di rimettere agli Eletti, perchè ne' modi di legge procedessero alla verificazione — ma poscia meditando su' diritti e su' doveri vicendevoli, trovò buono di non più immischiarsi nella spedizione di tali carte agli Eletti.

Forse egli fece male, e così pretende Piroscia; che il *giudice* della polizia urbana, il sindaco; egli far dee verificare la contravvenzione, perchè dovrà giudicarne.

Ma certamente fece ben quel Sindaco *tutore*, perchè la maggior parte de' nomi e delle contravvenzioni erano immaginarie, ed il pubblicano non avrebbe pagato le spese dei verbali di verificazione negativa, ed occupato avrebbe gli Eletti della città in un movimento perenne senza prò.

Bene certamente il Sindaco *tutore* abbandonò a

Piroscia le cure di *proceder ne' modi di legge* — lasciò a lui il denunziare direttamente se volesse agli Eletti que' ch' egli credesse contravventori, fatto riflesso a ciò che il conduttore del cespite potesse e dovesse aver le cure di riscuotere, e che dalla legge gli Eletti di per se stessi abbiano una missione, e sieno investiti di quanta occorra autorità per verificare contravvenzioni, o che il Sindaco l'ordini, o che il pubblicano interessato chieda ad essi giustizia.

Ecco su di ciò un processo — Piroscia attacca la Città di Napoli, perchè il Sindaco non lo ha garantito nella cosa locatagli a nome della Città — secondo Piroscia il *Sindaco locatore*, la Città locatrice, dovea far giudizî di tutte le contravvenzioni — quest' era obbligo del *peculio comunale*, perchè il Comune in qualità di locatore assunto aveva un obbligo *faciendi aliquid* ne' casi di contravvenzione — Al dire di Piroscia la Città locatrice deve a Piroscia tanto quanto i sognati contravventori non processati non gli pagarono — ciò a lui dee *la Città* in linea di danni interessi, come in azione per danni interessi ogni obbligo *faciendi aliquid* sospinge, quando non sia adempiuto.

Ciò dee la Città, perchè nel caso di Schettini la Città, malgrado schivasse di rispondere per le negligenze del Sindaco, fu ritenuta responsabile — (o stranissimo quel paragone in circostanze tutt' altre!)

Poco diremo delle annose vicissitudini di questo giudizio — Due volte Piroscia in appello vinse, ma due volte le condanne furon cassate dalla su-

prema Corte di giustizia — In grado di terzo esame per secondo rinvio fu a nostra difesa che, circonscritti gli atti, fra cui eran condanne a ducati 70 mila e più, a quanti ascendeano le smodate intenzioni del pubblicano, circonscritti gli atti per nove anni compilati, questa causa fu rimandata *ex integro* al tribunal civile, ritenendosene il solo primo libello.

Allora promuovemmo una quistione di competenza — dann'interessi chiedendosi per inadempiuto obbligo faciendi, chiedemmo che quest'obbligo non scritto in alcuna delle pagine del contratto, ci si mostrasse per la via legittima d'interpretazione — che le autorità del contenzioso amministrativo ci additassero interpetrando il contratto passato con Piroscia se mai, e dove mai, la Città di Napoli locatrice, ed il sindaco *tutore* della Città, locatore con tal carattere, assunto avesse verso quel pubblicano il mostruoso dovere di raccogliere i frutti per dargli al conduttore del cespite che tali frutti produce: sembrando a noi inconcepibile come il locatore della vigna quest'obbligo *faciendi* assuma verso il conduttore di essa, che quando le uve saran mature non le farà esser preda de' vicini, ma anderà a custodirle per conto del conduttore; anderà a premerle in di lui vece, e venderà per di lui conto il vino che avrà ben conservato, ed invierà i danari di tale vendita al conduttore perchè gli paghi lo estaglio.

Malgrado la evidente necessità d'*interpretrare* pria di *decidere*, il Tribunale pronunziò la condanna che chiedea Piroscia — Appellammo, e sulla incompetenza del potere giudiziario ad interpetrare, soffermammo le cure vigili della G. C. civile.

L'Intendente tutelava dall' alto la giurisdizione, elevando ne' modi di legge il conflitto giuridizionale, e sostenendo quella barriera che distingue le due linee — Il potere giudiario, dicevamo, pronunzierà de' danni interessi, ma il potere giudiziario se non può pronunziare che dopo una interpetrazione di quel contratto locativo, in cui l'obbligo *facendi* si dice compreso, il potere giudiziario deve alzar mano, perchè la interpetrazione non è sua.

Lo dicevamo però indarno — La G. C. civile pronunziò la sua competenza — passammo per la Consulta, ed un Avviso di essa formò soggetto di alto esame nel Consiglio del Re.

Un Rescritto definì vero il principio da noi sostenuto — La causa della interpetrazione fu al Consiglio d'Intendenza rimessa, com'era di ragione.

Ma: hanno le cause un destino — Il Consiglio d'Intendenza di Napoli, era il porto da noi sospirato, — Nel Consiglio d'Intendenza la causa naufragò, sol perchè quel Collegio credè la causa di Piroscia esser identica alla causa di Schettini — Come Schettini avea vinto, così credendo il Consiglio d'Intendenza identico il caso di Piroscia, mirò nello Avviso della G. C. de' conti approvato nella causa di Schettini, e ne creò un *fac simile* per la causa di Piroscia — In quella causa, di cui la indole abbiamo già additato, era venuto a disamina il se distinguendo Sindaco giudice da Sindaco tutore, dovesse la Città di Napoli rispondere delle colpe o negligenze del Sindaco giudice delle contravvenzioni — e la G. C. de'conti avea ritenuto che il Sindaco tutore fosse stato negligente, perchè avea locato ciò

ch' esigea le cure di un giudizio — che il pupillo di questo Sindaco, il Comune fosse tenuto in conseguenza di un contratto speciale *locativo delle multe*, caso tutto particolare inapplicabile al caso in cui, lungi dallo essersi locate le multe, si escludono con avvedutezza, per ischivar qualunque similiarità col caso di Schettini — Quindi a 13 di aprile 1837 apparve una decisione così

» Il Consiglio pronunziando diffinitivamente dichiara che il patto ottavo, ed il patto undecimo del contratto di appalto del 18 agosto 1823 di cui si è chiesta la spiegazione, aveano assoggettato il Corpo di Città alle seguenti obbligazioni

» 1. aveano imposto l' obbligo *agli Eletti* di verificare a tempo utile le contravvenzioni denunziate da D. Bernardo Piroscia, e provocare la punizione de' contravventori presso il giudice Regio o presso il Sindaco, secondo la diversità delle materie, onde i contravventori fossero condannati al pagamento del dazio a prò dello appaltatore signor Piroscia, ed alle ammende in benefizio del Comune

» 2. aveano imposto il dovere *al Sindaco come giudice* di pronunziare la condanna reclamata dal sudetto signor Piroscia, e provocata dagli Eletti, giusta l'articolo precedente

» 3. avevano imposto l' obbligo allo stesso *Sindaco come amministratore*, *e parte contraente* di usare tutt' i mezzi che nel suo doppio carattere erano in suo potere, *onde facilitare il signor Piroscia nella esazione de' proventi che gli erano stati locati*, ed assicurare la esatta e piena osservanza del contratto di locazione.

» 4. la infrazione di questi doveri da parte del Corpo di Città sarebbe stata una *manifesta violazione del contratto*, *ed avrebbe assoggettato la Città di Napoli al risarcimento de' danni interessi* a beneficio del cennato signor Piroscia.

» Per gli effetti della presente dichiarazione il Consiglio rinvia le parti alla G. C. civile sedente in Napoli, e condanna il Corpo di Città alle spese del giudizio ».

Come è glorioso per noi il potere in questa causa per autorizzazione ed incarico speciale riprender la onorevole divisa di avvocato in pro della Città di Napoli, che fu nostra cliente fin dal 20 di giugno 1803 per nomina dello allora Regio Senato, così è dignitoso il rapportare che il Consiglio d' Intendenza da cui emanò la decisione ora impugnata da reclamo non potè esser di voti uniformi quando la pronunziò; poichè, dato a noi l' onore di formar parte di quel Collegio pochi mesi dopo la decisione in esame, votammo il 7 di ottobre 1837 sulla quistione identica tra Vincenzo Giova e'l comun di Somma, e'l Consiglio d'Intendenza scrisse così a rapporto del Vice Presidente sig. Gaudiosi « osserva che gli affittatori son tenuti a pagar l'estaglio per effetto delle subaste approvate — che la *riluttanza delle fide riguardando l'affittatore e i particolari, niuna obbligazione per lo comune* — Che per le contravvenzioni è prescritto come debba agirsi, e debb' essere *cura dell'affittatore il praticarle nei modi voluti dalla legge ; e dal procedimento* ».

Tre verità sostengono il reclamo

1. Garantia *in legge* (postochè *alla legge* il

patto con Piroscia fu remissivo) *garantia della Città* non poteva intendersi dovuta nel senso di far l'amministrazione comunale conseguir a Piroscia il diritto di licenze da' *contravventori*, di cui egli parla nel senso di *facilitarglisi* dal locatore la riscossione.

2. L'*amministrazione comunale* locatrice non assunse mai (nè assumer potea per la indole della cosa) alcun obbligo *faciendi* in caso di contravvenzioni — *Piroscia* esclusivamente si obbligò *di fare* ne' casi di contravvenzione tutte quelle *procedure* che in legge si richiedono — Il patto fu scritto *nel favore*, non contro *della locatrice* — Questo è il senso delle parole « *si procederà secondo le leggi e i regolament' in vigore* ».

3. L'ultimo comma « *le multe apparterranno intieramente al Comune* » scioglie ogni dubbio, rafforza la intelligenza del periodo precedente nel nostro senso: elimina il senso dato dal Consiglio d'Intendenza nella decisione avverso della quale la Città di Napoli reclama.

Quando avrem sotto questi rapporti analizzato la quistione in disamina, chiunque porti uno sguardo sulla decisione del Consiglio d'Intendenza avverso di cui è reclamo, resterà convinto di ciò che le considerazioni su cui essa fondò furon erronee, e che la interpetrazione vada ricondotta al vero senso *esclusivo di qualunque risponsabilità* del Comune, a nome del quale sta il reclamo prodotto.

1.°

Garantia.

Il patto che riconduce le obbligazioni del locatore *alla legge*, non può aver sottointesi nè *oltre*, nè *contro* a ciò che *nella legge* sta scritto — Per interpetrar adunque il patto bisogna aprir il Codice che ci governa, e là dove il patto *alla legge rimettendosi* rimane silenzioso, là in margine supplire, copiare dal codice letteralmente le parole, formolandone l'applicazione al caso, a' nomi delle persone, a' nomi delle cose, alla specie contrattata.

Il legislatore ha sancito che quegli il quale *cede un credito* garantir debba la sola *verità*, non la *esigibilità* di esso — Considerato adunque il contratto come una cessione di tanti eventuali crediti i quali sorgerebbero in altrettanti casi quanti sarebbero què proprietarj che avesser uopo di licenza, il *cessionario di tutti questi crediti*, se vuol garantia *di legge* da colui il quale glie li ha ceduto, l'avrà, ma in tutt' altro senso che di *esigibilità* — Egli non avrà mai diritto di ricercare al cedente del *perchè non ha fatto facilitarlo nella riscossione* — Ciò sconvolgerebbe la natura di un contratto *che trasporta il dominium crediti* dal cedente nel cessionario (1535 *e seg.*, 1540 *l. c.*)

Molto più chiaramente per colui che dà in affitto una cosa qualunque, il legislatore ha sancito

1. che per la natura del contratto di locazione debba il conduttore a cura e carico del locatore

goder pacificamente della cosa locatagli (1565 *l. c.*)

2. che, se vengano ad iscoprirsi *vizî o difetti della cosa locata*, da impedirne al conduttore l' uso, debba il locatore garantirne, debba farne indenne il conduttore (1567 *l. c.*)

3. che se da *terze persone per via di fatto* s'impedisca al conduttore il suo godimento, debba farsi distinzione fra due casi

1.° caso: ove le terze persone impediscano al conduttore l' uso della cosa locata *in conseguenza di un' azione concernente la proprietà* del fondo, ossia *pretendano di avere qualche ragione sopra la cosa locata*, abbia diritto il conduttore ad esser garantito e rilevato indenne dal locatore (1572 1573 *l. c.*)

2.° caso: ove le terze persone attraversino il godimento al conduttore della cosa locatagli, ma *non pretendano alcun diritto* sulla cosa locata; in tale caso *il locatore* NON SIA TENUTO *a garantire il fittajuolo* — il fittajuolo abbia la facoltà di *convenir quelle terze persone nel suo proprio nome* (1571 *l. c.*) debba in somma far *un giudizio* a propria cura, a propria spesa, a proprio rischio ed evento.

Per esempio — Al conduttore della vigna è impedita la raccolta delle uve, perchè il locatore ha perduto in rivindicazione la proprietà, ed *il rivindicante*, come padrone *ab initio*, entra nel fondo rivindicato, e vuol raccogliere — E questo il primo de' due casi — *il locatore garantir dee* — il locatore è *tenuto all' id quod interest.*

Viceversa — Al conduttore della vigna *il vicino ha involato le uve*: questo fatto gli fa perdere le

speranze di raccogliere il prodotto che attendeane— È questo il secondo de' due casi — il locatore non ha che fare su di ciò — il conduttore *nel suo proprio nome proceda*, litighi, agisca, e ricuperi.

Si ha nella giurisprudenza francese un fatto presentato alla Corte di *Nimes* così — *Pégon* avea riportato devoluzione di un fondo contra l'enfiteuta, ed avea preso il possesso dello immobile devoluto con atto di usciere notificato agli enfiteuti già condannati a rilasciarlo.

Egli dà in fitto a *Jourdan* questo immobile; ma gli antichi enfiteuti *per via di fatto* continuavano a coltivare la terra, ed erano là tuttora — espulsi *di diritto*, essi non eran *materialmente* sfrattati *di fatto*.

Jourdan (il conduttore) due volte in via di polizia correzionale agisce contra essi, e gli fa punire.

Allora *Jourdan* si rivolge al locatore, perchè lo garantisca, ed invoca l'art. 1719 c. c. (concordante col 1565 delle nostre l. c.)

Il locatore gli risponde che alcuno non pretenda aver *diritti* sullo immobile locato: ch'egli ne avea preso legalmente il possesso; e ch' era dovere del conduttore, *non di lui*, il difendersi dalle molestie che s' inferivano per via *di fatto* da' passati enfiteuti, così disponendo l'art. 1725 *c.c.* (concord. art. 1571 l. c.)

Il conduttore replica: *almeno una prima volta ho diritto a ciò che il locatore mi metta nel possesso* di quel che mi ha locato, altramente non adempirebbe a' doveri che gl' impone l' art. 1719

c. c. (concord. 1565 l. c.) combinato con l' art. 1725 c. c. (concord. 1571 l. c.)

La Corte di appello di Nimes, considerando che non v' ha alcuna azione mossa da chicchesia tendente a *discettare della proprietà* de' beni di cui trattasi—che questa proprietà è assicurata al locatore *Pègon* da' giudicati resi contra gli antichi enfiteuti—che *Pègon* fu messo nel possesso reale ed effettivo de' suoi beni per atto di usciere autentico e regolare—*che i diritti inerenti a tale possesso furono trasmessi al conduttore Jourdan nel contratto locativo che per questo contratto egli è divenuto* PADRONE DE' FRUTTI *del fondo locatigli— chè è a di lui carico il difendersi contra le vie di fatto*—che mal a proposito egli dica mancarglieне i mezzi ; le leggi ed i magistrati vegliano alla tutela de' diritti di ciascuno, e non si ha altro a fare che ricorrere a tali mezzi quando si attenti a' proprj diritti—che basta *al locatore* ciò che *i diritti suoi* non vengano in alcun modo giudiziariamente controvertiti, per *esonerarsi* in quanto a ciò da qualunque risponsabilità—La Corte per siffatti motivi conferma—26 giugno 1806 causa *Jourdan* e *Pègon* (v. Sirey 6 2 480 481.)

La ragione di cosiffatti principj sta in ciò : che per la natura del contratto, nella locazione-conduzione, i *prodotti* dirimpetto allo *estaglio* stanno come nella compera-vendita sta la *cosa* al *prezzo* : *commoda et incommoda sequuntur emptorem*—il locatore si spoglia di qualunque cura circa la percezione del frutto, e durante il periodo della conduzione ne investe il conduttore, permutando un

estaglio di somma certa con la *eventuale* produzione, con l'uso, di ciò che ha dato in affitto — allora il conduttore diviene *padron* del frutto, divien padrone del prodotto a sua cura, ed evento, al rischio, ed al pro suo, o che bene, o che male glie ne rivenga — Il locatore dee *far vero*, e dee *tener fermo* ciò solo, che la cosa locata *sia quale si asserì*, *sia di lui locatore*— dee garantir la *potenza*, con l'*atto* di percepire i frutti della cosa locata; poichè se, dovesse aver cura *dell' atto* di percepire i frutti, non sussisterebbe la natura del contratto; la *locazione*, per la quale *se n' è spogliato*.

Applicando questi canoni inconcussi al fatto. Piroscia, invocando quel patto di garantia, scrivea nelle proteste che facea notificare al Sindaco essergli avvenuto nella riscossione del vettigale locatogli d'incontrar *renitenti*, *refrattari* così detti *contravventori*; e conchiudea domandando che il Sindaco facesse coazionar tali contravventori sì che pagassero a lui, *a Piroscia*, tanto quanto per la tariffa importava *il dazio sulla tale opera*, che dicea fatta *in contravvenzione*, la tale somma che il privato gli dovea pel così inteso « *diritto di licenza* ».

È questo il *primo* caso, o è il *secondo* fra' due? In altri termini: è il caso degli art. 1572 1573, o è il caso dell'art. 1571 l. c.? — Col contratto avea l'amministrazione locatrice trasmesso a Piroscia *il diritto di esigere secondo la tariffa* — Il contratto esprimea ciò, che se alcun facesse la tale opera, pagar ne dovrebbe a Piroscia, per licenza di fortificazione, la tale somma espressa nel-

la tariffa, e la *tariffa* era là nel contratto alligata, simbolo della tradizione compiutamente fatta al conduttore del *diritto*, *della potenza* ad esigere.

E nel patto 5. del contratto in disamina Piroscia aveva assunto l'obbligo in tali *imperative* espressioni: « *il fittuario riscuoterà i diritti sta-* « *biliti con la tariffa* ».

Se alcun de' così detti contravventori avesse negato alla Città *i poteri di conceder quella esazione*; se avesse negato all'amministrazione locatrice i *poteri di dar le licenze*, o detto avesse che il *diritto di esazione fosse illegittimo*; era quello il caso di evocar garante l'amministrazione locatrice—era quello il caso degli art. 1572 1573 l. c.—era quello il caso in cui il patto di garantia era applicabile.

Ma nulla di tutto ciò—Piroscia doleasi di *fatti*, non di *diritti*—I contravventori secondo lui non è già che muovessero *contesa di proprietà* della cosa locata, che negassero alla locatrice *i poteri*, *l'attitudine* a stabilir quella tariffa, quella riscossione—Essi, violatori di un dovere che teneano inconcusso ne' suoi principj, si rendean *contravventori di fatto*, *morosi*, *renitenti*, e nulla più—Era questo il caso di dover *procedere Piroscia col suo titolo locativo*, *nel proprio nome come conduttore*—era questo il caso dello art. 1571 l. c.—Piroscia *costringer doveva i contravventori nelle vie di legge*, e far ch'essi a lui pagassero quel che secondo la tariffa pagar doveano—Non era questa il caso in cui la garantia del *rem locatam conductam habere licere* fosse applicabile.

E quali assurdi non deriverebbero dallo immaginare che l'amministrazione comunale, dopo aver locato quel cespite, avesse inteso promettere *che essa* muoverebbe *le sue cure* per realizzarne i prodotti, per consegnarli al conduttore?—Ad un appalto *per esigere a partito forzoso* può certamente equipararsi la conduzione di questo vettigale—L'appalto di una esazione opera che l'esattore a partito forzoso o che esiga più, o che meno, o che nulla, pagar debba una somma determinata al proprietario—E se un appaltatore di esazione di pigioni protestasse al locatore che *gl' inquilini non pagano* : se lo invitasse a far de' movimenti qualsivogliano *per garantirlo nella riscossione*, allegando che incontra de'*morosi*, de'*renitenti* (i quali però non contendano *del dominio delle case dirimpetto al locatore*) sarebbe o no costui ridevole all'occhio della legge?— Perchè dunque si sarebbe data in appalto la riscossione, se *le cure* in menoma guisa ne fossero rimaste tuttavia a carico del *locatore*, se il locatore dovesse *facilitare* la riscossione?

Ripetiamo questa idea innegabile—L'amministrazione ha garantito al conduttore *l'attitudine* a riscuoter, non il *fatto* della riscossione—Del fatto della riscossione si è spogliata l' amministrazione appena ha conchiuso l' affitto—Piroscia *ha fatto suo* il *dovere* di *esigere*, quindi il dovere di *agire*, di *procedere*, onde incassar le quantità che derivassero dal cespite locatogli.

Le regole interpetrative sono così che debba mirarsi *nel fatto* di essersi la locatrice spogliata della utilità eventuale, e dello imbarazzo di una riscos-

sione — di averne Piroscia conduttore assunto il commodo, e l'incommodo « *Qod factum est, cum in obscuro sit*, ex adfectione cujusque *capit interpretationem* » (*l.* 168 § 1 *de reg. jur.* — *v. art.* 1109 *l. c.*) — Vuol la legge che si ritenga nella interpetrazione di un patto quel concetto ch'è *analogo alla natura* del contratto « *ea potissimum excipiatur* quae rei gerendae *aptior est* » (*l.* 67 *de reg. jur.* — *v. art.* 1114 *l. c.*) — che si guardi al *quid actum sit* (*l.* 6, *l.* 34 *eod.*) — che si valuti il concetto *ex qualitate facti* (*l.* 48 *eod:*)

Garantia adunque dal patto, ch'è *remissivo alla legge*, altra non fu promessa a Piroscia che quella per la quale il legislatore ha fissato i termini, ed ha additato gli estremi *in due sensi* corrispondenti *a due casi*, l'uno scritto negli art. 1572, 1573, di cui non trattasi, l'altro nell'art. 1571 l. c., di cui si tratta.

Il patto adunque deesi interpetrare sostituendo alle laconiche espressioni *remissive alla legge* le parole della legge istessa, e copiando l'art. 1571, ed applicandolo così. «L'amministrazione locatrice darà » al fittuario la garantia a' termini di legge : val » dire la locatrice non sarà obbligata a garantire » Piroscia dalla renitenza de' contravventori, sem- » prechè essi *per via di fatto* apporteranno mole- » stia al godimento di lui nella riscossione del vet- » tigale conosciuto col nome di *prodotto delle li-* » *cenze di fortificazione* — Sarà l'Amministrazione » locatrice tenuta a garantir che i contravventori » *non pretendano mai per ombra alcuna ragione con-* » *tra, o su questo vettigale locato* — Piroscia fittaiuolo

» avrà il diritto *di convenire i contravventori nel* » *suo proprio nome* semprecchè essi *per via di* » *fatto* e *senza pretender alcuna ragione sul ce-* » *spite*, gli recheranno molestia nel *godimento* » della riscossione » — tali son le frasi letteralmente copiate dallo art. 1571 della legge, alla quale le parti si attennero, e si rimisero.

2.°

OBBLIGO FACIENDI.

Ritenuto, per le osservazioni testè raccolte che il patto di garantia s'intenda scritto nello istrumento così come abbiam, *copiando la legge*, dimostrato che debba intendersi scritto; ritenuto ciò, metteremo in dubbio che il patto ottavo *non possa* intendersi in contrario? — E come supporre due patti in un contratto medesimo, di cui l'uno *neghi*, l'altro *affermi* l'istess' *obbligo* nella istessa *parte contraente*?

Ove due patti stessero così, la legge obbligherebbe a cassarne uno; e quello si casserebbe che *non ha dettato essa* — illeso, fermo, salvo si protegerebbe quello, che designammo, leggendolo, e trascrivendolo dallo articolo 1571 applicato a' nomi, ed alla specie del contratto.

Quindi, sia premessa questa verità che in qualunque linea s'incontrasse la interpetrazione del patto *ottavo* così da desumerne *obbligo* all'Amministrazione *Comunale di Napoli* di far essa qualunque cosa nel senso di *coadjuvare la riscossiune a' Piroscia*

de' diritti di licenza locatigli, ciò non può essere, urtando con la legge cui il patto *undecimo* è remissivo—così che fin quando semplici contravventori fossero i terzi, e non movessero contesa circa l'appartenere alla Città il diritto della tariffa, *materia della locazione*, dee dirsi: *Piroscia*, e non l'Amministrazione comunale di Napoli ha l'obbligo di agir contra siffatti contravventori.

Premesso ciò: cosa crede Piroscia, cosa crede l'Amministrazione comunale di Napoli dovers' intendere in una frase « *procedere secondo le leggi* » frase messa nel patto *ottavo*, nel primo comma di quello?

Piroscia crede che « *procedere* » valga *giudicar condannando*—valga *processare*, *inquirere*, *pronunziar* coazioni, multe ed indennizzazioni—Secondo Piroscia sta nel patto quest' *obbligo faciendi* l'Amministrazione comunale gli ha promesso che, *nella qualità di Giudice* (qualità che pria domanderemmo a lui stesso *presso chi* era) condannerebbe essa i contravventori a pagargli ciò che importava la licenza, semprechè que' non avessero fatto precederne la spedizione.

Noi per l' opposto diciamo « *procedere* » vale *intentar giudizio*, *domandar* che una causa sia giudicata ne' modi di legge, e *proseguire questo giudizio* fino alla sua esecuzione—Diciamo che nell' ottavo patto quest' obbligo faciendi stia: *Piroscia* ha promesso che farebbe nella qualità *di parte* tutto quel che fà *l'attor* quando *chiede*, *e spinge* energicamente le *azioni* innanzi alle competenti autorità, le quali non sono per ombra *l' amministrazione lo-*

catrice —Piroscia di far ciò ha promesso aver le cure, e l'impegno, e le spese, come una obbligazione *di lui in favor della locatrice*, la quale avrebbe introitato le multe a misura de' giudizi che Piroscia attiverebbe.

Di buona fede noi crediam che il patto conterrebbe promessa di un *impossibile*, ove il senso del patto fosse quale vuol intender Piroscia—poichè *l' Amministrazione comunale* mancava di qualità per esser *Giudice*, per esercitar *giuridizione* contro a' così detti contravventori; ed è di *giuridizione*, di *giudizio*, di *citazione*, di *procedure*, di *atti*, di *esame*, di *requisitoria*, di *pubblico ministero*, di *sentenza*, di *appello*, che trattasi allorquando vuolsi ottenere da un così detto contravventore che *paghi il danno*, ossia tanto quanto non ha pagato per *diritti di licenza*; più che subisca *la pena*, ossia la *multa pecuniaria* che è fra le *conseguenze* del giudizio per contravvenzione.

Ed invero non può negarsi che ne' casi di contravvenzioni si fa *un giudizio*, non *un atto amministrativo*; ed il *Sindaco*, e l'*Eletto* figurano in cosiffatto esercizio di giuridizione *come Magistrati di speciale delegazione*, non come amministratori del *patrimonio comunale*, —Il niego di giustizia è *caso di presa a parte*, ma non esce da quella sfera per colpir l' amministrato patrimonio, il *peculio comunale*; non tien risponsabili che *le persone*, cui è la delegazione affidata per *giudicare*.

E fu scritto *in favor del Comune* il patto, non *a favor di Piroscia*— Il Comune volle assicurarsi che a spese di Piroscia salverebbe le *multe* come

accesorio de' giudizî di contravvenzione—Piroscia, dopo aver assunto l'obbligo di *procedere* ne'casi di contravvenzione, consentì che *le multe* s'introitassero al Comune esclusivamente—così in un istesso tempo Piroscia salverebbe i suoi diritti di licenze e le sue spese giudiziali cui verrebbero i contravventori condannati; ed in un tempo istesso l'Amministrazione percepirebbe *a cura* e *spese di Piroscia* il suo provento delle multe, riserbato, eccettuato dalla locazione.

Che stia in ciò *il vero senso del patto*, ha d'uopo dimostrazione che verrà chiarissima, se ne consulteremo la legge, postocchè *alla legge* le parti col patto ottavo se ne rimisero—Ricercheremo adunque in legge: cosa è quel che si fa quando *si procede ne' casi di contravvenzione?*

Ne cercheremo fra la *legge* del 12 dicembre 1816, poscia fra quella del 21 marzo 1817, finalmente fra quella del 25 marzo 1817; e se uniformi in tutt'e tre vedremo i principî che per la Amministrazione cliente nostra sosteniamo, diremo che il Consiglio non interpetrò bene il patto ottavo, quando credè che racchiudesse un obbligo faciendi messo a carico dell'Amministrazione comunale di Napoli; poichè un obbligo fu assunto, ma *da lui, da Piroscia.*

3.°

GIURIDIZIONE - PECULIO.

La *giuridizione* è del Sommo Imperante — Il *peculio* pubblico è della famiglia collettiva dei sudditi.

Il RE esercita, o dà ad altri la *giuridizione* — Negli affari di diritto privato la giustizia è confidata ad un grande ramo, che laddove non si tratti di affari di diritto pubblico, nelle civili cause e nelle penali, con forme e regole determinate procede.

— negli affari di diritto pubblico la *giustizia* è direttamente impartita dal Monarca — Ha deciso la Consulta su di un reclamo da operazioni della G. Corte de' conti: la Consulta trasmette al Ministro Segretario di Stato la sua deliberazione — È il RE in Consiglio di Stato che imprime i venerandi caratteri di *giudicato* a quella decisione.

— ha deciso la G. C. de' conti su di un reclamo da decisioni del Consiglio d'Intendenza — La G. C. de' conti trasmette la sua deliberazione al Ministro Segretario di Stato — È il RE che in Consiglio di Stato imprime alla decisione i venerandi caratteri di *giudicato*.

Ha nulla di comune questa *giuridizione* con gli ti di *tutela eminente* che il Re esercita sul peculio pubblico? — No. Gli organi son gli stessi, le *funzioni*, ed il soggetto della cosa non posson essere gli stessi, perchè distano fra loro quanto non possan mai iscambiarsi — Va fissato un così detto *stato discusso*, o va definito su di una novità in-

sorta nel corso dell'amministrazione—L' amministratore, non il *giudice*, presenta i suoi avvisi, passano questi di grado in grado, salgono in Consulta, vanno al Ministro Segretario di Stato—È il RE che in quell' istesso Consiglio di Stato ne fissa diffinitivo il destino, ma tutto ciò tiene alla *tutela* del peculio pubblico, non allo esercizio della *giuridizione*.

Questo è nella *grande sfera* — questo è nella *più piccola sfera* con pari norme sancito — Mirate là quel crocchio di sudditi legalmente riuniti? Son Decurioni—quel posto ove seggono è il Decurionato—quell'uomo ch' è alla prima sede fra essi è il Sindaco—Di che si occupano essi? Esercitano forsi *giuridizione*?—Oibò—Quel Sindaco è il *Tutore del peculio* che appartiene alla famiglia collettiva di coloro che son del *tale* comune; E que' Decurioni costituiscono il Consiglio della famiglia, destinato ad assister nella *tutela* il Sindaco. Ma quel Collegio e quel capo di esso non son quì per ombra *Magistrati*, non esercitano punto quì giuridizione—Volete voi assicurarvene? Ricercate *di che* stiano occupandosi, e vedrete che la quistione loro presentata a discutere è del se gioverebbe o no la *strada per la tale direzione*—del se nella pubblica piazza converrebbe o no *ergere un edifizio* alla pubblica istruzione, o al Divin culto destinato—del se un *affitto di cespite comunale* possa farsi co' tali patti, o se alcun di essi vada rettificato con le tali condizioni—del se l'estraordinario bisogno richieda o no *inversione* —del se la progettata *convenzione col tale* giovi o no—del

se la *censuazione* del tale fondo comunale sia o no preferibile al tenerlo in affitto, o in amministrazione—Essi discutono, deliberano, scrivono, segnano, si ritirano—qual è il corpo che si è disciolto? È un corpo che costituisce la *tutela del peculio*, non l'esercizio della *giuridizione*. Pure fra que' decurioni può star che uno o più siano anche *Magistrati*—E quale influenza ciò avrebbe nelle funzioni che ha fin quì esercitato? Quì non era chiamato qual giudice, lo era qual componente un decurionato.

Mirate là quell' altro corpo di sudditi legalmente riuniti?—Son Consiglieri d'Intendenza—Quel Presidente è l'Intendente della Provincia—La strada, l' edifizio pubblico proposto dal *tale* Decurionato che mirammo riunito, hanno d' uopo una spesa. L'architetto ne ha segnato il progetto—L' Intendente in Consiglio d' Intendenza sta ordinando la omologazione di quel progetto—Le condizioni di affitto propose da quel Decurionato non sono ancor abbastanza caute—Il Consiglio d'Intendenza le rettifica—l'Intendente le accoglie, ed ordina l'incanto—La inversione o la transazione è necessaria, è utile—Il Consiglio la qualifica espediente—L' Intendente ne provoca la sanzione, e ne ordina il compimento—Questo è un corpo che ha esercitato la *tutela del peculio pubblico*, non la *giuridizione del Sommo Imperante*.

Pure quell' istesso corpo di sudditi legalmente riuniti, quell' istesso Consiglio d'Intendenza che poco fa versava *sulla tutela del peculio*, può prendere la divisa che il legislatore dà ad esso di Magistratura del contenzioso amministrativo, di Col-

legio esercente *giuridizione* in affari di diritto pubblico a nome del RE, e scrivere una *decisione* rivestita di tant' autorità, quanta per regola di diritto non vada attraversata da reclamo sospensivo, in sino a che una soprassessoria dal RE sancita non venga a soffermarne il corso — È quì forsi il *collegio della tutela*? — Nò — È *un'autorità costituita che esercita giuridizione* — Gli uomini son gli stessi — il carattere che assumono è tutt'altro, le attribuzioni e le funzioni son tra loro assolutamente diverse; poichè una linea legalmente statuita le disgiunge.

L'analogia corre nella persona del *Sindaco* — Sciolto quel decurionato, egli ritiene fra varie altre sue particolari attribuzioni non solo quella di *amministratore* soggetto a conto morale, che è la primaria, poichè *tutore* egli è *del peculio* della famiglia collettiva, ma tien eziandio quella di *ufiziale dello stato civile*, che riguarda *le persone* indipendentemente da' *beni* che costituiscon il peculio della famiglia collettiva; e ne aggiunge una terza ch' è quella di *Giudice* di contravvenzioni in materia di polizia urbana e rurale, ed altre.

Miratelo al banco di giustizia. Egli tien a' fianchi un pubblico Ministero, ed un Cancelliere — Cosa egli fa? Sta giudicando un imputato di contravvenzione, come *Magistrato di polizia* — Sta scrivendo una sentenza, che potrà formar soggetto di seconde cure in Consiglio d' Intendenza, s' egli pronunzierà fino alla tale pena — Sta pronunziando la sua incompetenza, se ad altri che a lui spetti d' ingiungere la pena — Egli sta dunque chiaramente

esercitando *giuridizione*—Egli ha dunque diverse *cariche* nella stessa *persona*, l' una assolutamente dall' altra separate.

Miratelo ora del *peculio* comunale occuparsi, egli è *tutore*, quando presiede al decurionato, e stabilisce *i patti* di un affitto: è *tutore* quando autorizzato stipula i patti medesimi; è *tutore* quando, incassato il prodotto dell' affitto, ordina secondo lo stato discusso i pagamenti a farsi da quello introito.

Una terza volta miratelo, non *Giudice*, non *Tutore*, ma in tutt'altra attribuzione, delle *persone* e non più del peculio comunale occuparsi, ma delle persone *collettivamente* considerato nel senso di famiglia del comune, egli è un *ufiziale dello stato civile* regolatore de' registri pubblici, conservatore della dichiarata volontà di riconoscer un figlio legittimo, o di averne uno adottato, di voler la tale in moglie, di voler cangiare il domicilio—conservator delle pruove di esser morto il tale, ec.

In queste varianti attribuzioni il Sindaco è sempre lo stesso, ma le funzioni, le qualità, gli attributi sono diversi—esser dee diverso lo effetto delle obbligazioni che il Sindaco contrae nel dissimpegnarle—Tutore del puculio se legalmento abbia promesso a nome della callettiva famiglia, egli ha potuto dell' obbligo suo dare il carico alla famiglia amministrata—Funzionario di altra attribuzione, qualunque cosa egli faccia, risponder ne dee dirimpetto alle superiori autorità che lo incaricarono di esercitare, ma il niego di giustizia, o la ingiustizia nullo possono aver d' influen-

za per tenere obbligato il peculio pubblico del fatto commesso, o omesso, perchè la collettiva famiglia non ha giuridizione, questa è del RE che fa in suo nome, e non in nome del pubblico peculio esercitarla.

È del chiarissimo Proudhon questo concetto « I Sindaci sono ancora rivestiti del diritto di statuire sulla repressione delle contravvenzioni di polizia semplice commesse nel territorio del loro Comune— Ma allora non è più come *amministratori*, è come veri giudici che essi pronunziano ».

Fra le opere recentissime di diritto pubblico ed amministrativo basta portare uno sguardo sul dizionario di *Magnitot et Delamarre* pubblicato nel 1837, per trovare praticamente analizzate, e disgiunte quattro classi che son fra le multiplici attribuzioni di un Sindaco.

1. quella di Ufiziale dello stato civile incaricato di agire secondo le leggi (*art.* 36 *seg. l. c.*)

2. quella di agente del Governo sotto gli ordini del sotto Intendente, dell'Intendente, e del Ministro—Quivi il Sindaco è « organo d'informazione, di verificazione, di controllo, di notificazione, di esecuzione »

3. quella di amministratore « rappresentante il Comune, incaricato come tale sotto gli ordini del sotto Intendente e dello Intendente della gestione delle rendite comunali, della conservazione, e della tutela della proprietà, del progetto di stato discusso, de' mandati per le spese, della ingerenza ne' lavori pubblici, della rappresentanza ne' -

giudizj del Comune, casi ne' quali il Sindaco agisce sotto il potere ponderante del Consiglio municipale, concorrendovi egli stesso — Egli è allora *agente del corpo* Municipale che fa eseguire le deliberazioni di esso »

4. quella di agente di polizia urbana e rurale » *in cui il sindaco agisce solo di per se, in virtù della delegazione immediata dalla legge* » (*Dictionaire de droit public par Albin le Rat de Magnitot, et Huard de la Marre* 1837. *à Paris*)

Sta nelle leggi penali un titolo « de' reati con» tra l'amministrazione della giustizia e le altre » pubbliche amministrazioni » e là, sotto quel titolo, è il primo capitolo così « *della usurpa*» *zione della pubblica autorità*, e de' mezzi della » quale essa si serve (164 *seg. ll. pen.*)

Altronde nelle leggi civili è un canone così « i Comuni . . . si considerano moralmente co» me altrettante *persone*—godono dell' esercizio » de' diritti civili secondo le leggi veglianti » (10 *l. c.*)

Una *persona* può promettere ad un' altra *persona* che essa diverrà *Giudice contro a' terzi*?— può promettor che *se il tale* non paghi, si *ergerà essa in Tribunale*, e più in Tribunale *di giustizia penale* onde costringerlo?

Rammentiamo che « *l' impero misto alla giuridizione debb' esser accordato dal legislatore, ch' è fonte e della giuridizione e dello impero* ».

E rammentiamo che il patto fu scritto remissivamente *alle leggi ed a' regolamenti in vigo-*

re; val dire lungi la strana idea di voler rendere *Magistrato chi non lo fosse*, di promettere *esercizio di giuridizione chi non ne ha*.

Dopo ciò, analizziamo i poteri della nostra cliente, ch' è l' *Amministrazione del peculio comunale*, distinguiamogli da' poteri del *Sindaco di Napoli* e da' poteri *degli Eletti di Napoli* in *esercizio di giuridizione*, essendo cose affatto diverse ed estranee fra loro nella materia di cui si tratta.

4.°

Legge del 12 dicembre 1816.

Stava ne' poteri dell'amministrazione comunale di Napoli il permettere che la tale opera si facesse o no, con le tali licenze di fortificazione, col pagamento del tale diritto; poichè quella riscossione di diritto costituiva un *de' cespiti comunali* suoi—Stava ne' poteri dell' amministrazione comunale di Napoli *il deliberare su' progetti* di regolamenti locali di polizia urbana, e *progettare di essi la sanzione*, *così che chi non pagasse quel diritto divenisse contravventore*, e che i contravventori andassero incontro a due condanne — la prima in linea di *rifazione di danni*, ossia in linea di ottenersi che pagasser tanto quanto avrebber dovuto pagare per lo diritto di licenza se non si fosse la opera fatta in contravvenzione—la seconda in linea di *pena*, ossia in linea di subire *una prigionia*, ed una *multa pecuniaria*.

L'amministrazione comuuale di Napoli per mezzo del *Decurionato* avea questi poteri, limitati però ad un *progetto*, poichè munito questo delle osservazioni, volea la legge che dovess' esser discusso dallo Intendente in Consiglio d' Intendenza, poscia dovess' essere approvato, e potesse ricever modificazioni dall' Intendente, *dal quale volea la legge che ne fosse ordinata la esecuzione* (277 seg. l. 12 dic. 1816.)

Ma la *esecuzioue* di tali regolamenti è stata mai fra le attribuzioni dell' *Amministrazione comunale* di Napoli?—No: il legislatore ha definito « la *esecuzione giudiziaria* di tali regola» menti, eccetto i casi riservati *alla giuridizio» ne de' Sindaci, Eletti, ed Aggiunti negli » art.* 57 58 84, è dell' uffizio dei Giudici di » Pace » (*art.* 277 *l.* 12 *dic.* 1816)

1. *esecuzione giudiziaria*—prima idea—È dunque un *giudizio* quello in cui si tratta di raggiungere i *contravventori*—non è un atto di *amministrazione* comunale

2. *giuridizione de' Sindaci, Eletti, Aggiunti*—seconda idea—È *giuridizione* attribuita alle *persone*, del *Sindaco*, degli *Eletti*, degli *Aggiunti*, non all' ente morale *amministrato*, non al *Comune*, non al locatore che contrattò con Piroscia conduttore; poichè *l' Eletto*, *e l' Aggiunto* quì hanno *giuridizione*, mentre essi non sono *amministratori* del comune; non son essi che *locano*, non son essi che *danno conto* dell' Amministrazione di un cespite comunale di Napoli.

3. al Sindaco si dà *giuridizione limitata* (espres-

sioni dello art. 57) terza idea — di *giuridizione locale* trattandosi, quivi fa distinzione la legge — *se non vi è giudice* di pace, il Sindaco esercita « *limitata giuridizione* . . . . nelle con-
» travvenzioni di polizia urbana . . . (*limitata*)
» alla pena di ventiquattr' ore di prigionia, ed al
» valor di sei ducati per *multe ed indennizza-*
» *zioni* » — È dunque scritta una delegazione nella legge per sostituire un' autorità che per *eccezioni giudichi* là dove dovrebbe per *regola* il giudice di pace *giudicare* — Lungi la idea *di amministrazione* : lungi il carattere di *locatore Comune di Napoli*; quì sta una delegazione di poteri alla *persona*; così che in *eodem subjecto* persistano due *qualità*, l' uno affatto estranea all' altra—Sindaco *Tutore* è cosa tutt' altra da Sindaco *Giudice*

4. nel Sindaco (quarta idea) *giuridizione* di *primo grado*, poichè dopo queste parole si parla di *appellazione*, e si distingue così « le
» sole *condanne pecuniarie* profferite con *questa*
» *giuridizione dal Sindaco* sono inappellabili: dal-
» la condanna a prigionia potrà appellarsi a norma
» delle leggi (*espress. dell' art.* 57 *l.* 12 *dic.* 1816.)

5. all' *Eletto* all' *Aggiunto* (quinta idea relativa particolarmente alla Città di Napoli) a questi due individui, che certamente non son gli *amministratori* del Comune di Napoli, il legislatore positivamente esprime così « nell' esercizio
» delle facoltà accordate al corpo di città pe' rami
» di portolania ed annone, è *l' Eletto* nella sua

« sezione, e l' Aggiunto del carico *autorizzato* » nelle contravvenzioni *a precedere* a' termini del- » l'art. 58 » (*espress. dell' art.* 84 *l.* 12 *dic.* 1816.)

6. norme e poteri allo *Eletto* per lo esercizio di cosiffatta giuridizione concede la legge istessa, allorchè lo destina » *incaricato particolarmente* » *della polizia urbana* e *rurale* alla immediazione del Sindaco » ed allorchè *a lui attribuisce i poteri giuridizionali* in cosiffatte materie di polizia così che « *l' esercita a norma delle leggi* » *e regolamenti*, ... forma atto di tutte le contravvenzioni . . . ne provoca la punizione avanti » il *giudice competente* . . . esercita il ministero » pubblico, sia *presso il giudice di pace*, sia » presso il Sindaco *nella giuridizione locale* — (*espress. dell'art.* 58 *leg. citata* 12 *dic.*) — (sesta idea da rimarcarsi) e quì soffermando l'attenzione, forza è conchiudere che per la legge del 12 dicembre 1816 una *giuridizione* sia nel Sindaco, sia nello *Eletto*, da non confondersi mai con l' attributo *amministrativo*, poichè fuor di equivoci son *due* attribuzioni in un medesimo soggetto, ma infinitamente disgiunte l' una dall' altra.

« In tutt' i Comuni (è scritto nella legge) » oltre il Sindaco e gli Eletti, non vi sarà alcuna » altra autorità *incaricata dell' amministrazione* » *patrimoniale del comune* » è questo il primo de' due attributi, l'amministrativo—« e della *poli-* » *zia urbana e rurale* » è questo il secondo de' due attributi, quello che riguarda *giuridizione* (*espress. dell' art.* 60 *l.* 12 *dic.* 1816.).

5.°

Legge del 21 Marzo 1817.

Nella legge del 21 marzo si ha il titolo 2.° con una epigrafe che fuor di equivoci esprime *giuridizione*, e non *amministrazione patrimoniale del comune*. La epigrafe è « de' *Giudici* del contenzioso amministrativo « e là, trattandosi di *competenza*, è spiegato così » gli Eletti *giudicheran*-« *no* di tutte le contravvenzioni di polizia urbana « a' termini dell' art. 58 della nostra legge del « 12 dicembre 1816 —i Sindaci saranno compe-« tenti a *pronunziar* le sole multe che non ol-« trepassino sei ducati per le contravvenzioni. . « — ed è là che il legislatore soggiunge come le *sentenze* siano appellabili (*sentenze*, vera idea di *giuridizione*, di *giudizio*) e come si passi a' Sindaci del capoluogo Distrettuale, o Provinciale, o al Consiglio d' Intendenza in grado di *appello*, ciò che sostiene vie più la idea di *giuridizione*, e di *giudizj*, estranea a quella di *attribuzione amministativa*, per quanto è estranea ad un Sindaco del capoluogo di Distretto, o di Provincia l' attitutidine, l'attribuzione, la cura, di amministrar patrimonio di *un altro comune* della Provincia istessa—Finalmente è là, nella legge del 21 marzo definito che per multe maggiori di ducati sei il solo « Consiglio d' Intendenza vi *pronunzj*—come di ragione » (*pronunziare*, cioè *giudicare*, esercitar giuridizione —far ciò un Consiglio d' Intendenza ch' è *Tribunale*, che non

è il *comune*, non è il corpo amministrato, *non è locatore contraente* — (*espress. degli art.* 19 *a* 22 *l.* 21 *marzo* 1817).

6.°

Legge del 25 marzo 1817.

Nella legge del 25 marzo considera il legislatore « che le *forme de' giudizj* son destinate ad » assicurare semprepiù la libertà, e la proprietà » de' cittadini » (ne' *considerando* della legge 25 marzo 1817)—Mette per epigrafe al capitolo 1.° queste parole « del modo con cui *dovranno procedere i Sindaci* nello esercizio della » *giuridizione loro accordata* dalla legge sul con» tenzioso amministrativo » — Indi sanziona le seguenti *forme*

» Allorchè accaderà una delle contravvenzioni . . . *il Sindaco*, apppena ne sarà informato per via di querela, notorietà, o altramente, disporrà che il primo Eletto del comune, *il quale è incaricato delle funzioni del ministero pubblico*, ed in sua mancanza il secondo Eletto, si conferisca sul luogo per verificare il fatto e l'imputato della contravvenzione »—(Il Sindaco adunque e l'Eletto son quì chiamati da speciali delegazioni della legge, indipendenti tanto dalla *qualità amministrativa*, per quanto *Ministero pubblico* non è sicuramente *Amministratore*).

« In vista della verifica del primo, o secondo Eletto, *il Sindaco*, trovando che la contravven-

zione dà luogo ad una multa che non oltrepassa sei ducati, *farà chiamare alla sua presenza a* giorno ed ora fissa, l'imputato ed i testimonj.

« Nel caso in cui la contravvenzione dà luogo ad una multa ch' eccede sei ducati, *il Sindaco trasmetterà la verifica* del primo o secondo Eletto, e le altre pruove che avrà potuto raccogliere, *al Consiglio* d'Intendenza, che deciderà come di ragione — (E quando il Consiglio d'Intendenza decidesse, sarebbe adunque l' *amministrato*, *il Comune*, che pronunzierebbe *decisione*?)

« Nel giorno destinato il Sindaco farà in pubblico, ed in presenza del *reo*, leggere dal Cancelliere la verifica del primo o seconodo Eletto; indi sentirà i testimonî — finalmente *l'Eletto incaricato delle funzioni di ministero pubblico*, e l' accusato — (Vera forma di giudizio *penale*, che nulla può aver di similitudine con una gestione *amministrativa*).

« Se la contravvenzione è sufficientemente pruovata, *il Sindaco citerà l' articolo della legge*, *che è relativo al fatto*, ed applicherà *la multa*, *e la rifazione* de' danni, se vi sia luogo — Il Cancelliere ne distenderà un atto, che conterrà la *decisione*, ed i *motivi* su de' quali è fondata » (1 *a* 4 *l.* 25 *marzo* 1817).

Seguono le disposizioni per ordinar *esperimenti per l'appuramento della verità* — idea d'*interlocutorie* provvidenze (*v. art.* 5 *l. cit.*)

Seguono le disposizioni per avere i testimonj presenti, o multargli — idea di assimilazione co'

giudizî sopra inquisizione contra un reo, e co' giudizî sopra esame testimoniale (*art.* 6).

E per lo caso della non comparsa *del reo* « in questo caso (dopo una seconda chiamata) *la sentenza del sindaco* sarà considerata come resa in presenza *del reo* » — riproduzione della idea di *giudizio penale* (*art.* 7).

Segue la disposizione per lo libro, ove si conservino le minute « *di tutti gli atti*, e di tutte « le sentenze che emetterà a ragione delle con- « travvenzioni suddette » — idea di *foglio di udienza* (*art.* 8 9 10).

« *Gli atti* di notifica, di *citazione* e *di pro-* » *cedure* in generale saranno fatti da' servienti » — *citazioni* estranee alle attribuzioni di *amministratore* (*art.* 11).

« Nel concorso della rifazione de' danni e della » multa, sarà prima pagato il danno, poi le » spese del giudizio, ed indi la multa » — idea relativa al ricuperamento negli effetti civili del giudizio penale (*art.* 15).

Tal'essendo la legge, *secondo la quale sta scritto nel patto che si procederebbe ne' casi di contravvenzione*: si direbbe mai senza scherzo, e da senno, che *l' amministrazione comunale*, il patrimonio della Città, quella *locatrice*, promise di *giudicare* di *sentenziare* su' contravventori; in guisa che *dal non aver ciò fatto* derivar possa contra *l' amministrazione* un *obbligo* di risarcire danni interessi?

Se non è come *amministratore* che il Sindaco, che l' Eletto, aveano de' doveri a compiere; se era

come *giudice* che il Sindaco dovea far quel che Piroscia dice *promesso* e *non atteso*, il patto per tutt' altro deesi intendere scritto, non per indurre risponsabilità sul *peculio* dell' amministrazione nostra cliente—e là dove stà il primo comma nel patto 8.° fondatamente diremo che le parti intesero di scrivere e pattuire così

« Ne' casi di contravvenzione si procederà secondo le leggi e regolamenti in vigore, val dire Piroscia conduttore che si è obbligato di esigere, che è stato investito di qualità e di attitudine ad esigere, adirà il Sindaco giudice, e l' Eletto, i quali due l'un, come l'altro, eserciteranno la giuridizione a di lui pro, ne' termini delle rispettive attribuzioni che nulla han di comune col *peculio comunale*—Le colpe o le omissioni di costoro gli terranno risponsabili di niego di giustizia, ma tuttociò nulla avrà di comune con gli obblighi del *locatore* i quali sono esauriti nell' esserglisi consegnata l' *attitudine ad esigere ed a procedere* ».

E vien quì decisivo l' ultimo comma del patto ottavo, essendo canone che nella interpetrazione di contratti una clausola serva di face a chiarire il senso dell' altra (*art.* 1114 *l. c.*)

Procedere dovea colui che aveva il principale interesse — era Piroscia che, divenuto conduttore, assunto avea *l'obbligo di esigere* (*patto* 5.)— Dunque l' obbligo di *costringere* i morosi era per *legge*, e per *patto* in lui—Dunque l'obbligo *faciendi un giudizio* stava e sta a *carico* di Piroscia, non *a pro* di Piroscia.

Abbiam veduto che quel giudizio produrrebbe

da una banda la indennità a Piroscia, da un'altra banda le multa.

Quì il patto ottavo nel suo comma *secondo* svela ogni mistero, e scioglie qualunque dubbiezza — le parole son così, ripetiamole: *le multe apparterranno intieramente al comune* »

1. Idea — Si volle obbligar Piroscia a far a spese sue i giudizj; a rendersi *parte diligente* in essi, perchè dallo sviluppo e dalla *esecuzione* delle condanne, mentre Piroscia introiterebbe i *diritti di licenza* e le *spese giudiziale*, riverrebbe in pari tempo e per la *esecuzione* delle condanne medesime, l' introito alla Città di quelle multe.

2. idea — Si volle eliminar Piroscia dallo esser *cointeressato nelle multe*, perchè quando anche la padrona di quelle multe, l'*amministrazione locatrice* volesse abbandonarle, non dovesse dar conto a lui conduttore del perchè non andasse in via di giudizio per contravvenzione a chiedere che si multassero i contravventori.

Questo è il periodo, col quale congiungendo il primo, ne torna chiaro il senso così come lo rassegnammo; e potremo con fiducia ritener due verità.

1. Mancava *d'interesse* la locatrice amministrazione e mancava di *attitudine* per ricercar da contravventori le *somme non pagate* a titolo di diritto di licenze—Dopo aver trasmesso nel conduttore il diritto ed il dovere di esigerle, era a *costui* e l' attitudine e l'interesse, e quindi *l'obbligo faciendi* per *agire*, e *procedere* onde riconoscerle.

2. Mancava d' *interesse* e di *diritto* il conduttore per ricercar di *negligenza* l' amministrazione comunale in quanto al non avere *agito, fatto procedere*, onde fosser pagate da' contravventori *le multe*, perchè queste eran per patto riserbate alla *Città locatrice*.

7.°

CONFUTAZIONE.

Ma: se questi sono i dettami della legge: su di che il Consiglio d' Indendenza potè fondare la interpetrazione in un senso diametralmente opposto? Ricerchiamo; analizziamo le considerazioni scritte nella decisione del Consiglio combattuta dal reclamo.

1.ª *considerazione*—Il Sindaco innanzi di conchiudersi l' affitto con Piroscia, nel 10 dicembre 1822 avea rapportato all'Intendente che convenisse aggiungere alle condizioni dello affitto quella di dover l' aggiudicatario esser sollecito *in denunziare* al Corpo di Città le contravvenzioni, acciò si fossero verificate pria di perdersene le tracce.

Risposta — Certamente ciò non è scritto fra' patti da interpetrarsi, nè occuparci dee quel che fu detto prima del contratto, ma quel che si è contrattato—Pure il concetto di questo rapporto del Sindaco esprimerebbe la perplessità in cui era l'amministrazione dopo l' esempio di Schettini, e 'l desiderato rimedio dato sottraendo le multe dalla materia della locazione—Invero: supponiamo che il

patto di dover *presto* denunciarsi al Sindaco le contravvenzioni da Piroscia si leggesse scritto nello strumeto, il senso ne sarebbe tale che il Sindaco tutore del comune avendo eccettuato dalla conduzione le multe, conservava come giudice di polizia urbana la severità de' principî pe' quali ogni buon Magistrato preposto alla repressione di abusi ha diritto e qualità per conoscer *presto* dov' è quel colpevole di cui è a lui la cura della punizione — fu creduto ozioso di scriver ciò nel contratto — e nel contratto non è che Piroscia debba far *presto* la denunzia delle contravvenzioni.

2.ª *considerazione* — Il Sindaco in atti del 4 novembre 1823, e 13 gennajo 1824, quando Piroscia denunziava da principio contravventori, non rispose che egli non fosse obbligato di ordinare agli Eletti le verificazioni — in vece rispose come tutore del comune che le note doveano verificarsi e quindi darsi le disposizioni a *norma del convenuto* — Dunque il Sindaco tutore riconobbe in tale qualità *l' obbligo faciendi* — e ne' verbali di contravvenzione gli Eletti di due sezioni dissero che avean proceduto per lo incarico dato loro dal Sindaco — Dunque il Sindaco tutore ha interpetrato il contratto, ed ha creduto che l' obbligo *faciendi* stesse a carico del pupillo amministrato, come il risultamento *di un convenuto nell' istromento di affitto*.

Risposta — Che abbia dato ascolto il Sindaco *giudice* alle denunzie di contravvenzioni, ciò sta nel senso di qualificarlo *pronto alla severità de' principî nello esercizio della sua giuridizione* — Che poi il

Sindaco *giudice* , o che il Sindaco *tutore* abbia interpetrato bene o male ; che abbia creduto racchiusa una obbligazione del pupillo là dove quella non era, ciò diviene ozioso discutere, poichè del *peculio comunale* il Sindaco tutore non può direttamente far alienazione qualsivoglia , se non quando la suprema autorità amministrativa nelle vie e ne' modi di legge le autorizzi — Mille confessioni del Sindaco, e mille sue fallaci idee sulla interpetrazione di un contratto , non offenderebbero la integrità della ragione che il pupillo eleva mostrando i termini veri del contratto ; il senso vero e legale de' patti , e circonscrivendo l' esame a quello solo che *nel contratto* è racchiuso.

E sarebbe ben pericoloso lo stare alla interpetrazione che un Sindaco giudice *risponsabile esso* di omissioni dasse alle parole di un contratto per dir che *non è suo come giudice* un obbligo , ma che è suo *come tutore*. Troppo sospetta diverrebbe la di lui voce , comunque vana. Egli per la doppia qualità di cui l'una compromette sè stesso , l' altra obbliga il pupillo, discaricherebbe sempre sè medesimo , e rovescerebbe sul pupillo quella risponsabilità che è tutta propria sua , ove , obbligato a fare di per sè una cosa , bastasse a compromettere il pupillo una sua dichiarazione così « abbenchè io *per me* avessi contratto obbligazione, pur tuttavolta *spiego aver inteso contrarla come tutore* del peculio pupillare ».

Le confessioni offendono que' che han la capacità di alienare; ma per la via di confessioni di un Sindaco o erronea , o sospetta , sempre vana non

si va a depauperare il patrimonio del suo comune, senza elevare in principio quello che è un assurdo, cioè che possa indirettamente permettersi quel che direttamente è dalla legge vietato.

3.ª *considerazione* — Schettini vinse, malgrado che in quel giudizio si fosse presentata la disamina delle attribuzioni e de' doveri di Sindaco *giudice*, e di Sindaco *tutore* — in quell'avviso che la G. C. de' conti profferì, sta scritto che il Sindaco con la qualità di *amministratore* deve adempiere agli obblighi assunti col contratto di locazione, *dando corso alle denunzie* delle contravvenzioni, ed inviandole presso gli Eletti per essere verificate. Sta scritto che per lo *inadempimento di questi doveri il Comune* prestar dovesse il proporzionato compenso al fittaiuolo.

Risposta — Solchè si rammemori quali erano i *doveri dell' amministratore* nel caso di Schettini, cui si erano locate *multe*, e quali erano i doveri dell'amministratore nel caso di Piroscia, cui *le multe* non si erano locate, cesserà la pertinenza di tutto il ragionamento fondato nello esempio di Schettini — Pure la requisitoria del P. M. nella causa di Schettini avrebbe potuto esser mirata come norma dal Consiglio d' Intendenza nello sviluppo delle teoriche delle quali il Consiglio si occupava — Son parole della requisitoria nella causa di Schettini le seguenti « Il Sindaco in » questi affari procede. *non come amministratore*, » ma in qualità di giudice di polizia. E perciò » ove si renda colpevole di denegata giustizia, » non altri ma sè stesso rende di ciò risponsabi-

» le — e la legge in questo caso accorda alle parti
» per far salvi i loro interessi il rimedio *della*
» *presa a parte* — Schettini niun atto diresse al
» Sindaco giudice di polizia, ma le sue proteste
» e le sue note de' contravventori furono dirette
» *al Sindaco amministratore*, che come si è detto
» *niun obbligo avea di agir per lui.*

» Quando anche queste proteste e queste note
» potessero dirsi sufficienti a ciò che il Sindaco giu-
» dice delle contravvenzioni procedesse, nòn aven-
» dolo egli fatto, nasceva *a Schettini l' obbligo di*
» *rendersi parte diligente* presso di lui, ed indi
» agire per *denegata giustizia*, ma non può mai
» da questa sua oscitanza a bella posta serbata,
» far *sorgere un diritto del tutto nuovo, e ri-*
» *provato dalla legge contro del corpo di Città* »
(Requisitoria del P. M. sig. Cavaliere *d' Urso*
nella causa tra Schettini e la Città).

Quella requisitoria tien principî così chiari, così
retti, così veri, che *in diritto* non possono contrad-
dirsi. Nè la G. C. de' conti contraddisse a que'
principi, quando ad essi che sono *regola* fece
per lo caso particolare *eccezione* — La eccezione
derivava *dal patto*, e ben la G. C. sul patto,
non su quelle regole di diritto ragionò così « la
» partecipazione alla metà delle multe per contrav-
» venzione, la esazione delle licenze da' contrav-
» ventori, erano convenute ne' termini seguenti —
» *Riuscendo al conduttore di rinvenire delle*
» *contravvenzioni, e riconoscendosi legalmente*
» *che esse sieno avvenute, saranno i contrav-*
» *ventori soggetti ad una multa a norma delle*

» *leggi*, *delle quali raccolte metà anderà a*
» *beneficio dell' affittatore*, *e metà del Corpo mu-*
» *nicipale* . . . . . che per forza di questa con-
» venzione—(si rimarchi che è di *fatto*, non di
diritto il motivo determinante l' avviso della G.
C.) che « per forza di *questa convenzione* l' af-
» fittatore si acquistava il diritto alla esazione del-
» le licenze ed alla partecipazione della multa nel-
» concorso di *due condizioni*, cioè la denunzia-
» zione della contravvenzioni, e *la ricognizione*
» *legale* di essere avvenuta ».

Dopo ciò non è meraglia se, malgrado la requisitoria, fu decisa a quel modo la causa di Schettini—fu decisa per lo *fatto*, non perchè si dubitasse del *diritto*—fu decisa come *eccezione*, non perchè vacillar potessero *le regole*. Sta scitto per la decisione di Schettini in quanto a ciò un periodo che non ammette alcun dubbio. Esso è così « se questa dunque fu *la convenzione delle*
» *parti*, se le parole stesse dell' articolo del con-
» tratto la contengono, la *esistenza del patto* deve
» ammettersi, e l' essersi violata, obbliga *il loca-*
» *tore* a tutte le conseguenze che i primi giudici
» spiegarono con la decisione impugnata ».

E giova osservar che queste parole stanno scritte nello avviso della G. C. de' Conti dopo aver dato essa la intelligenza alla parola *multa*, dopo aver vagliato quanto importasse di aver quelle compreso nello affitto — La G. C. si espresse a tal riguardo così « . . . . *che nella specie* (la
» ricognizione delle contravvenzioni) *esser dovea*
» *la osservanza di una condizione attaccata al-*

» *la essenza della cosa locuta*, perchè dovea es-
» sere il mezzo di pervenire alla spedizione delle
» licenze e percezione della metà delle *multe*,
» cespite dello affitto che era valuto un estaglio,
» e si era in parte pagato ».

EPILOGO.

Gli argomenti, ch'ebbimo l'onorevole incarico di sostenere, sembrano a pieno discussi. Avremmo voluto, in ciò adempiere, esser più brevi — ma da una banda, così è per la natura delle cose, gli assiomi convincono al primo loro balenamento, e chi voglia dimostrar assiomi impiega sempre un tempo maggior di quello ch'essi medesimi m'impiegano, sfolgoranti come sono di per se stessi al cospetto de' sommi vindici della verità — Da un'altra banda allo scriver poco ed esprimer molto occorre isolarsi d'altri pensieri; ed a far ciò non è rimasto a noi che brevissimo intervallo fra le gravi cure alle quali la carica ci richiama.

Possa la Città di Napoli per quella provvidenza che regge il destino de' giusti voti, incontrar nella G. C. de' conti, nella saggezza ed imparzialità de' Magistrati di essa, quel sacro palladio che invoca pel suo reclamo, onde rimaner sottratta a desolatrice rovina minacciatale non per un fatto suo, non per un obbligo da essa mai contratto, ma per una fatalità sventurata di aver due volte nello appalto de' vettigali il pubblicano spinto al di là de' limiti le speranze di gigantesca fortuna.—Napoli 25 di frebbrajo 1838.—Il Consigliere d'Intendenza ff. di Avvocato — *Cav. Francesco Vaselli.* »

N.° 475

Adizione - Erede puro - Presunzione - Animo - Beneficio d'inventario - Decadenza - Divisione - Parteggiamento - Successione

(v. n. 99 , 138, 242 ,)

Gli atti conservatorii non vanno affatto confusi con gli atti *pro herede*—Sta questo principio nelle testuali disposizioni dello articolo 696 l. c.—Ma chieder un conto per liquidare e dividere eredità sarebbe un atto conservatorio in tale senso, o sarebbe un vero atto *pro herede*?—Alla Corte reale di Parigi a 30 dicembre 1837 se n'è presentato il caso ; E colui che avea spinto le domande per lo conto la liquidazione e'l parteggiamento volea poter almeno dichiararsi erede col beneficio dello inventario — La Corte invocando l'art. 778 c. c. (*conc.* 695 *l. c.*) ha ritenuto che l'accettazione di una eredità può esser anche tacita solche l'atto che ha avuto luogo non avrebbe potuto farsi altramente se non in qualità di erede per effetto di tale qualità — applicando questo principio ha ritenuto che anche quando sotto proteste e riserbe si vedesse spinta l'azione per dividere e per ottener liquidazione e conto di crediti, va implicita l'assunzione della qualità di erede, non potendo

chi erede non fosse, chi non si sentisse condomino indiviso, promuover domande di tal fatta— Ha detto esser vano il rifuggire al beneficio d'inventario dopo aver preso il carattere di erede puro — (causa degli eredi *Fontaine c Nancey*)

La Cassazione di Francia ha avuto occasione di discuter se l'erede beneficiato procedendo senza formalità giudiziarie ad una divisione d'immobili ereditarj decadesse o pur no dal beneficio—La ragione di dubitarne veniva dagli art. 794, 801 cod. civ., 988 989 cod. di proc. civ. (*v. art.* 711, 718 *l. c.* 1064, 1065 *l. d. p. c.*)—La ragione di decidere è stata tratta

1. da che « *non potrebbe ragionarsi per analogia e per assimilazione da caso a caso in materia di divieto, o di decadenza* »

2. da che il legislatore ha espresso che decada dal benefizio dello inventario l'erede il quale *venda* senza sollenni i beni mobili o immobili della eredità — non ha espresso; quindi non ha voluto che ne decada quello erede il quale *divida* beni ereditarii.

3. da che i giudici del fatto non avean trovato frode concorsa nella divisione fatta per atto autentico precedente apprezzo, con sorteggio, e senza disquilibrio fra' lotti sorteggiati—Cassazione di Parigi preseduta da Portalis 10 novembre 1837 (causa *Langenardiere* contra *Debray*)

N.° 476.

Avocazione—Rivendicazione—Ripetizione—Danaio involato—Pagamento—Creditore—Soddisfazione

(v. n. 114, 209.)

Per pagare validamente è d'uopo che stia il *dominio* della cosa presso colui che in pagamento la esibisce—Se quegli non ne avea la proprietà, il creditore non di meno, *consumata che l'abbia* non va soggetto a ricerca (1191 *l. c. conc.* 1238 *cod. civ*) —*Quid* nel caso in *cui non l' avesse consumata*?

La Corte reale di Parigi in novembre 1837 ebbe il seguente caso—L' esattore avea debiti—Ritira i danari dal Banco per conto del suo principale, e va ad estinguere i debiti *proprii suoi*—La Corte di Assise inquire per questo fatto, e condanna il colpevole per abuso di confidenza.

Il proprietario de' danari dopo ciò statuisce domanda civile di ripetizione contra i terzi a' quali quell' esattore infedele avea portato i danari—Veniva a disamina il principio del 2279 c. c. (*v. art.* 2185 *l. c.*) per lo quale, perduta, o rubata la cosa mobile, può esser rivindicata contra il terzo che la tenga tuttora—Era già ricevuto in giurisprudenza che quando non si trattasse *di furto*, ma di *abuso di confidenza*, inamissibile fosse a dirsi la rivindicazione di cui tratta l' art. 2279 (v.

in tale senso l'arresto del 5 aprile 1813 causa *Bazili* contra *Gay* rapportato da Sirey 14 2 236) —Per analogia diceasi molto meno ammessibile la ripetizione di cui tratta l'art. 1238 c. c., considerato questo articolo come una ristrizione dell'articolo 2279—Il tribunale di Parigi avea rigettato la domanda di rivindicazione—La Corte Reale in seconda camera, ritenuto che i danari versati dal debitore pervenuti erano a lui da quel punibile distorno commesso in danno e frode del vero proprietario—ritenuto che la identità del danajo era pruovata — che per l'art. 1238 era *invalido* il pagamento fatto con danaio non di colui che lo pagò—che non era dimostrato da' convennti l'estremo *di aver consumato in buona fede la somma* versata nelle loro mani—Rivocò la sentenza, e nel merito ordinò la restituzione—Causa *Metman*, *Cucq*, e *Pages*.

N. 477.

Annullamento - Quistione di fatto - Ordine pubblico - Interpetrazione - Fedecommesso-Feudo-Cassazione-Usufrutto formale e causale

(v. n. 17, 22, 279, 256, 459.)

Le quistioni di fatto, non v' ha dubbio sfuggono la censura della Corte suprema. Se però si trat-

tasse di quistione che interessi l'ordine pubblico, sarebbe o no questo un caso di eccezione?—La giurisprudenza francese recentissima risponde per l'affermativa—Una causa di *fedecommesso*, una causa di prestazione *feudale* malgrado che presentasse indagini *di fatto*, quistioni interpetrative *di fatto*, già vagliate da' giudici del merito, si porterebbe alla Cassazione, e quella suprema Corte si occuperebbe a rivedere ciò che la Corte Reale abbia detto relativamente al tale atto che veniva impugnato come inducente *fedecommesso*, come *inducente* la *feudale prestazione.*

Esempio—Era del 1786 un testamento, e del 1787 un *codicillo di Gio. Battista Jaure*. Nel codicillo si leggea così « La mia successione venga divisa a metà fra Maria Jaure Marbotin e Giovanna Sofia Jaure vedova Feger mie figlie—Voglio però che la vedova Feger non abbia se non godimento vita sua durante della porzione della mia eredità di cui io l'avea privata col testamento mio—la quale porzione *voglio che sia riversibile*, *morta quando sarà essa Feger*, *alla di lei germana Marbotin*—o, in mancanza di costei, *a' figli della medesima* che la rappresentino—Nel caso unico in cui la Marbotin premorisse alla Feger, potrà essa Feger distribuire a suo piacere la porzione anzi espressa tra' figli della Marbotin — Confermo in tutt' altro il testamento »

Veniva dunque in ricerca il se, usufrutto *formale*, o *causale* si racchiudesse nel codicillo—Se un *fedecommesso* colpito dalle leggi fosse quivi racchiuso, o pur no (la legge *species auri de auro*

et argento legato invocavansi , e si mentovava un arresto del 19 nevoso anno XII)

La corte Reale vagliando le frasi del codicillo ritenne che l'usufrutto fosse *formale*—che non contenesse fedecommessaria sostituzione , ossia *causale usufrutto*.

Ricorso sostenuto dal Sig. *Dalloz* con ingegnoso ragionamento così

» Il testatore ha manifestato positivamente la volontà di riparare codicillando quel torto che alla figliuola inferito avea col testamento nel quale aveala esclusa dal succedergli—col codicillo ammette questa figliuola a prender come la sorella un sestante dell'asse—le concede così la proprietà fino alla metà della successione—Egli è vero, soggiunge, che di questa metà colei goda vitaliziamente, ma quest'espressioni additano che essa abbia il gravame di una sostituzione in favor della germana, poichè sussegue il periodo ch' esprime *riversibile* all'altra sorella dover essere quella porzione di cui si dà alla godente *l'usufrutto*—La condizione di *riversibilità* non esprime che l'obbligo di *conservare* e di *rendere*—dee sortir gli effetti che un obbligo di tale natura sortirebbe , tutto che la cosa data con tale obbligazione si vedesse nel codicillo attribuita col nome *di usufrutto*—E traluce il carattere di sostituzione fedecommessaria nel caso, dal rilevarsi che la *usufruttuaria* tien facoltà niente meno che di *scegliere* tra' figli della germana sua a'quali i beni anderebbero, *scelta* la quale eminentemente qualifica di fedecommesso l'atto in contesa »

La Corte di Cassazione « considerando che non rinvengasi nel testamento di Gio. Battista Jaure del 22 settembre 1786, nè rinvengasi nel codicillo di lui *del* 15 aprile 1787 *l'obbligo di conservare e di rendere*, ch'è il carattere principale delle sostituzioni fedecommessarie »

« considerando che l'arresto impugnato decidendo che non risulti nè dalle intenzioni manifestate, nè dall'espressioni impiegate dal testatore essere nogli atti di cui trattasi una sostituzione fedecommessaria—e dichiarando racchiudersi nella disposizione un semplice diritto di *usufrutto*, non ha punto violato nè le romane leggi, nè quella del 14 settembre 1792 (abolitiva de' fedecommessi—Presso noi 15 marzo 1807 bull. pag. 21) ed *ha fatto giusta e sana interpetrazione* del testamento e del codicillo—*Rigetta* (20 novembre 1837 Cass. di Parigi causa *Jaure*).

N. 478.

Via - Passaggio - Servitù - Iter ad sepulcrum - Monumento - Sepolcro - Fondo chiuso - Indennità

Ulpiano rammemora il caso presentato allo Imperatore Antonino di colui che tenendo il sepolcro in un luogo mancava di via per accedere a tal sepolcro—Il vicino che, per tolleranza, avea la-

sciato passarlo, più non volea permetter ciò — E l'Imperatore rescrisse « *iter ad sepulcrum peti precario ec.* concedi solere; *ut quoties non debetur, impetretur ab eo qui fundum adjunctum habeat* » — Ulpiano soggiunge che il Preside procedendo *extra ordinem* in tale materia « compellere debet justo pretio iter ei praestari; ita tamen ut judex etiam de opportunitate loci prospiciat, ne vicinus magnum patiatur detrimentum — (*l.* 12 *religios. et sumpt. fun.*) — Legge che Pothier avvicina a quella che del trasporto de' cadaveri trattando conferiva al Preside della Provincia la competenza (*l.* 38 *eod.*) — a quella che pel cadavere trasportato per vicos aut oppidum indica necessaria una licenza (*l.* 3 § 4 *de sepulcr. viol.*) — a quelle che davan l'azione in factum per l'impedito passaggio al sepolcro in onta del diritto prestabilito (*l.* 8 § 5 *e l.* 10 *de relig.* — *l.* 5 *de sepulcr. viol.* — *l.* 9 *de relig.*) — ed a quelle che si riferiscono all' interdetto quo quave illi mortuum inferre invito te jus est; quominus illi eo eave mortuum inferre et ibi sepelire liceat, vim fieri veto — (*l.* 1 § 1 — *l.* 43 *de relig. et supt. fun.* — *v. l. fin. c. de sepulc. viol.* — *v. novell.* 60 *cap.* 1. — *l.* 1 § 7 — *l.* 5 — *l.* 1 § 5 6) — a quella che permettea nunciare novum opus quando si vedesse infra i sessanta piedi dalla propria casa intraprender la costruzione del sepolcro — con la distinzione *sed facto opere nullam habetis actionem, nisi quod vi aut clam* (*l.* 3 *de relig.*) — ed a quelle che spiegano se *costruir sepolcro* s'in-

tenda o no applicabile al caso di *rifarlo*, al caso di preservarlo da rovine con opere di manutenzione (*l.* 1 § 9, *l.* 1 § 8, *l.* 1 § *fin. de relig, et sumpt. fun.*)

Sull'argomento adunque dalla l. 12 *de religiosis et sumpt. fun.* fu introdotto che il possessore di fondo chiuso obbligasse i confinanti a permettere un passaggio pagandone giusto prezzo. — E quando il Codice de' francesi a noi pervenne, sotto il titolo delle *servitù stabilite dalla legge*, trovammo sancito che il proprietario di fondo chiuso, che non ha veruna uscita sulla pubblica via, può domandare un passaggio su' fondi de' vicini per la coltivazione del suo podere, assumendo il peso di una indennità (*art.* 682 *c. c. disposizione conservata nell' art.* 603 *l. c.*)

Giova osservare nell' applicazione di questo articolo che il precetto di doversi pagare *indennità* non appartiene a' casi in cui per una particolare convenzione *gratuito* il passaggio si vedesse già conceduto — Appartiene solo a' casi in cui per effetto della legge chiedasi lo stabilimento della servitù di passaggio.

Il 22 novembre 1837 alla Cassazione di Parigi se n' è presentato il caso — Il Sig. Hygonel reclamava passaggio sugl'immobili di Rouquayrol guarentito da scrittura del 1817, nella quale il possessore degli stessi immobili riconosciuto avea che la servitù fosse là costituita — Il convenuto rispondea che l'art. 682 c. c. (603 *l. c.*) obbligasse l'attore a pagar indennità se voless' esercitare la

servitù—La Corte Reale accolse l'azione, e rispinse le domande d'indennità.

Ricorso per violazione dello art. 682 in questo senso, che ammessa una servitù legale, se ne fosse autorizzato l'esercizio senza far indennizzare colui che per la servitù ne risentiva danno.

La Cassazione ha ragionato così—atteso che in diritto il proprietario di fondo chiuso reclamando *la servitù legale di passaggio* su' fondi de'vicini tien l'obbligo di pagare indennità proporzionata al danno che il passaggio inferisce; ma nel fatto la decisione impugnata ritiene che la servitù della quale trattasi, *fu espressamente stipulata*— Quindi si tratta di una servitù costituita per convenzione — il proprietario del fondo dominante non dee al proprietario del fondo serviente al di là di quello cui la convenzione l'obbligò — L'art. 612 invocato dal ricorrente era inapplicabile, e non è stato per ombra violato—*Rigetta*—causa Hygonnel contra Rouquayrol 22 novembre 1837 — Cassazione di Parigi.

N.° 479.

Consiglio d'Intendenza — Competenza — Interpetrazione di atto dell'amministrazione pubblica — Potere giudiziario — Azioni civili

(v. n. 41 , 316 , 411.)

Il senso di un atto amministrativo facea sorger quistione d'interpetrazione innanzi al potere giudiziario—L'un de' due contendenti dicea che il vero senso di quell'atto stesse in una decisione del Consiglio di Prefettura (consiglio d'Intendenza) resa ad occasione di giudizio con altro interessato non presente all'attuale disamina.— Opponeasi che la interpetrazione dell'autorità del contenzioso amministrativo, essendo intervenuta in tutt'altra contesa, *inter alios*, lasciasse in libertà del potere giudiziario il far esso interpretazione come giusto credesse.

E la Corte di Tolosa considerando « che tanto la perizia , quanto il processo verbale di aggiudicazione (di un edifizio prima addetto ad abolito convento poscia alienato dal Demanio) son così chiari e positivi da risultarne *senza incertezza*, *senza equivoco qualunque* 1. che tutte le aperture sull'antico chiostro dovessero esser chiuse a fab-

brica—2 che *due sole aperture nel primo piano* dovessero esser del pari chiuse—Quindi inutile sarebbe il rinviare all'autorità amministrativa—La contestazione esser deve esclusivamente vagliata con questi documenti—non *d'interpetrazione*, *ma di semplice applicazione trattasi*, *e questa al potere giudiziario appartiene* ».

» Considerando che invano osservasi una domanda essere stata altra volta spinta pari a quella elevata contro all'attuale appellante, domanda allora promossa contra un sotto-acquirente di parte dello edifizio—invano osservasi che i primi giudici in quella causa credettero necessaria la interpetrazione, e fu dal Consiglio di Prefettura (Consiglio d'Intendenza il 24 agosto 1829) la interpetrazione resa, e quel sotto-acquirente vi si acquetò—Il fatto di un terzo non può nuocere allo appellante nell'attuale giudizio, come a lui non nuocerebbe una decisione resa in causa di cui egli non avesse avuto legale conoscenza — sarebbe facile altronde il dimostrar lo errore in cui caddero allora i primi giudici, (rinv. ad arresto di cassazione del 16 gennajo 1832) poichè *non v' è bisogno di ricorrere all'amministrazione* per far interpetrare una clausula concepita in termini che non possano ragionevolmente dar luogo ad alcuna discussione. »

» La Corte assolve l'appellante dalla condanna che l' obbliga a fabbricare e chiudere *le sette finestre d' aspetto* ec. ».

Ricorso per violazione de' principj cardinali che separarono il potere giudiziario dal contenzioso amministrativo—La corte di Cassazione ha fra l' altro

ritenuto questo principio—« L'amministrazione è la sola competente per interpetrare atti amministrativi sopra tutto in materia di vendite ammistrativamente avvenute—il Consiglio di Prefettura (d'Intendenza) con la sua decisione del 24 agosto 1829, *quantunque non resa fra le parti, avea fissato il senso della perizia*—La decisione impugnata interpetrando questo rapporto in senso contrario a quello fissato nella decisione del Consiglio, *ha ecceduto i suoi poteri, ed ha violato le disposizioni delle leggi* (del 24 agosto 1790, e decreto del 28 piovoso anno 9.)—Cassazione di Parigi 22 novembre 1837, causa *Cassaigne* contra *Cassaubon*.

Presso noi l' esame ed il giudizio delle *azioni civili* di qualunque natura spetta al potere giudiziario, sotto condizione purchè *non cada in quistione la legittimità*, la validità, o la interpetrazione di un atto dell' amministrazione pubblica (*v. l'art.* 5. *n.* 3. *legge* 21 *marzo* 1817. ?)

N.° 480.

Servitù—Muro comune—Dividente—Acquisto di comunità—Distanza lieve

(v. n. 132, 186, 52, 133, 150.)

È canone di legge che possa io acquistar la comunità del muro che mi separa dal vicino, quando già comune non fosse. (art. 582 l. c. conc. art. 661 c. ab.)—*Quid* se questo muro fosse alla distanza di *due pollici* dalla mia proprietà ?

Alla Corte Reale di Bourges il caso è avvenuto. Ha ritenuto essa che « la utilità generale, la decorazione delle città, la utilità istessa de' privati abbia stabilito i principj scolpiti nello art. 661 c. c. in cui una uguaglianza di diritti sta in pro dell'uno e dell'altro de' vicini — che nulla pruovato si vedesse in quanto all'appartenenza di quello interstizio di due pollici all'un piuttosto che all'altro — che uno spazio sì insignificante non potesse impedire l'applicazione dello art. 661 c. c. » — Ha fatto diritto all'appellazione, ed ha rivocato la sentenza ch' escludea la domanda diretta ad acquistar la comunione del muro.

In questa discettazione da una banda invocavasi la opinione di Pardessus nel trattato delle servitù, e di Delvincourt nel suo corso del codice civile come sostenitori del principio che il suolo vacuo fra due muri non formi ostacolo all'applicazione dello articolo 661, se non quando questo suolo si vegga di positiva utilità per lo proprietario del muro contro al quale si muove la domanda — Invocavasi dall'altra banda il canone di diritto per lo quale non può forzarsi alcuno a cedere la sua proprietà fuori del caso di utilità pubblica, e si diceva esser voluta come una condizione dall'art. 661 la circostanza di essere il muro del vicino attaccato coerente alla proprietà dello attore che chiedea renderlo comune. — Causa *Croq* contra *Bouchardon* 6 dicembre 1837 — Corte Reale di Bourges.

N.° 481.

Ordine—Graduatoria—Opposizione—Forclusione—Nullità d'inscrizione

Mi opposi alla nota graduatoria in tempo utile— Spirò il termine delle opposizioni — Domandai la nullità di una inscrizione ipotecaria ammessa nella graduatoria „ e della quale io non feci particolare oggetto di esame nelle mie opposizioni — S' intenderà che io abbia fatto una tardiva opposizione o che io abbia presentato un nuovo motivo al sostegno delle opposizioni già in tempo utile da me interposte?

La Cassazione di Francia, come la Corte Reale di Martinica avea deciso — « ritiene che nel caso anziespresso non trattasi di tardiva opposizione; che invece si tratti di uno sviluppo come motivo nuovo di quelle opposizioni in temoo utile proposte—18 dicembre 1837 Cassaz. di Francia.

N.° 482.

Ipoteca—Biglietto ad ordine—Girata—Trasporto—Credito—Accessorio

La ipoteca convenzionale non può costituirsi altramente che per atto autentico ricevuto innanzi notajo (art. 2013 seg. l. c. art. 2127 c. c.)

Ma, costituita una volta la ipoteca convenzionale, puòl essa cedersi anche senza aver d'uopo un atto autentico?

La quistione (su cui v. Duvergier t. 2. n. 212 e Troplong n. 906) fu presentata alle Corti di Lione (22 marzo 1830) e di Grenoble (7 febbrajo 1835) — Esse ritennero che non bastasse una semplice cessione per *girata endossement*; ma occorresse un *trasferimento solenne transport-cession*. Pure in Cassazione la quistione riprodotta essendosi poco fa, si son rammemorati due arresti della camera de' ricorsi come analoghi alla materia, 15 marzo 1825, e 10 agosto 1831 (rinviandosi a Dalloz vol. 31 1 303) e si è discussa la quistione nella specie seguente:

I conjugi *Jocqueville* aveano ipotecato i loro beni a favor di un banchiere di Rouen per 357,000 franchi ricevuti da colui a prestito — In pari tempo aveano rilasciato biglietti all' ordine del banchiere per la identica somma *valuta risultante da quel debito ipotecario.*

Il Banchiere avea, commerciando, *girato* que' biglietti, così come i negozianti *giranò* cambiali senza altra solennità —Spropriati i beni di *Jocquéville*, aperto il giudizio di ordine, collocati utilmente i giratarj, si oppone un creditor inscritto *Curmer*, motivando che le ipoteche non fossero ben trasmesse per la via di quelle semplici girate — In prima istanza ed in grado di appello si rigetta questa opposizione—Ricorso — E la Cassazione lo rigetta « *considerando che la Corte Reale di Rouen giudicando che il diritto d'ipoteca bene e legal-*

mente acquistato pel credito di cui i giratarj furon dichiarati legittimi proprietarj, appartenga ad essi come accessione de' loro crediti, non ha violato alcuna legge » — Cassazione di Francia 21 febbrajo 1838 — causa *Curmer* contra i creditori di *Jocqueville.*

N.° 483.

Siepe-Comunione-Presunzione-Prescrizione

(v. n. 237.)

Le massime di giurisprudenza francese dichiarative dello art. 670 c. c. (591 *l. c.*) di cui parlammo (*tom.* 2. *pag.* 27) son conservate in un recente arresto della Cassazione di Parigi reso nel 1838.

La Corte di *Poitiers* (8 marzo 1826); quella di *Angers* (7 luglio 1830) quella di *Tolosa* (19 marzo 1831) quella di *Bourges* (31 marzo 1832) aveano ritenuto già che fin quando un *trentennale* possesso della siepe a titolo di piena ed assoluta proprietà non si vedesse pruovato, intender si dovesse *comune* la siepe — Era stata cassata la decisione resa dalla Corte di *Poitiers* ad occasione di colui che, dopo il giudicato nella causa possessoriale di turbativa, disse non dover fare altra pruova nel petitorio, esser sua la siepe, esclusa qualunque idea di comunione col vicino, attesocchè il giudicato assicurava a lui il possesso *annale* di quella. (Corte di Cassazione arresto del dì 13 dic. 1836).

La Corte di *Bourges* nel caso identico, senz' attendere il possesso annale, e comunque il giudicato nella sede possessoria guarentito avesse la detenzione per colui che stava possedendo, ritenne che la legge presumendo la comunione obbligasse costui a pruovare che o un titolo, o un *trentennale* possedimento, stesse per lui — *Ricorso* — E la Cassazione di Francia lo rigetta « considerando che a' termini dello articolo 670 c. c. (591 *l. c.*) le siepi divisorie si presumono comuni fino a che la proprietà esclusiva del vicino non sia pruovata — che il possesso annale non basti, il *trentennale* possedimento in mancanza di titolo vada pruovato, perchè questa specie sola di possesso può equivalere alla efficacia del titolo — che lungi gi dal violar la legge è stata questa eseguita nella decisione di cui trattasi » — Cassazione 17 di gennajo 1838, causa degli eredi *Gauthèron*.

N.° 484.

Figli naturali-Madre naturale-Tutela-Consiglio di famiglia

Le regole scritte per la tutela *legittima* sono, o pur no, applicabili nel caso di figli *naturali*, abbenchè *riconosciuti*? — Grave discussione è sorta per definire se, morto il padre naturale, dovesse la tutela confidarsi alla madre superstite, o se un consiglio di famiglia deferir dovesse la tutela.

Il Tribunale di Strasbourg ha considerato che le leggi regolando i diritti e i doveri di famiglia, occupandosi dello stato delle persone, hanno fissato regole pertinenti a coloro che legalmente posson chiamarsi membri di una famiglia, non a' figliuoli naturali che, a ben intendere, tali non sono—Il legislatore in quanto ad essi non potendo mettere in non cale il fatto naturale della loro esistenza, ha tracciato speciale disposizioni per analogia somiglianti alle idee di patria potestà, e di filiazione— ma non tutti gli effetti della potestà paterna sono applicabili nè ad essi e nè al padre loro, nè alla loro madre dovendo starsi alle speciali disposizioni che gli riguardano.

Il legislatore nello statuir le regole della tutela legittima non ha mirato se non a'figli legittimi— ciò vien chiaro consultando l'art. 390 che forma seguela del 389 c. c. (art. 313 e 312 l. c.) e che dà al Padre, *durante il matrimonio*, l'amministrazione de'beni propri de'figli minori —Com'è impossibile che un Padre *naturale* invocar possa tale articolo, così l'art. 390 c. c. (art. 313 l. c.) di lui non può intendersi—D'altra banda il sistema, l'insieme delle disposizioni tutte racchiuse nel cap. 2 tit. 10 lib. 1. cod. civ. (art. 312 a 398 l. c.) evidentemente non si riferisce che a' padri ed alle madri de'*figliuoli legittimi*— Dunque non v'ha tutela *legittima* pe'*figli naturali*—Dunque essi han d'uopo essere provveduti di tutore, e ciò non può farsi che attenendosi alle regole concernenti la tutela deferita da consiglio di famiglia— Quindi il Tribunale ha ritenuto che il tutore scelto

dal Consiglio di famiglia, non ostanti le opposizioni della madre naturale, assumesse la tutela.

Appello alla Corte di Colmar — Rigetto per gli stessi motivi adottati nella sentenza.

Poichè questa decisione è stata resa (4 dicembre 1837)sulle difformi conclusioni del Procurator Generale *Chassan* e forsi trapoco formerà soggetto di riesame nella Cassazione di Parigi, non rincresca percorrere quel che il Procurator Generale della G. C. dottamente su questa interessante quistione ha scritto così

» . . . s'egli è vero che la legge è silenziosa, e che ad argomenti di analogia deesi ricorrere per la quistione attuale, esaminiamo lo scopo cui ha mirato la legge nuova in quanto alla patria potestà, ed in quanto alla tutela, sia de'legitimi, sia de'figli naturali.

« Quando si ascoltano le voci di patria potestà corre il pensiero alle idee di Roma antica, a que' tempi in cui della vita e della morte de' figli aveano i patri l' arbitrio, così come aveano essi il godimento esclusivo di tutt' i beni di coloro— Ma questa severità di principj fu raddolcita al volger de' secoli sotto gl' Imperatori — A misura che il Cristianesimo ebbe diffuso la sua influenza sugli spiriti, spento ogni carattere di ferocia, fu ricondotta la patria potestà a' sani principj della ragione naturale, al diritto di moderata correzione, al diritto di godere con determinate limitazioni de'beni de'figliuoli—Nondimeno le primitive impressioni originarie scolpite rimasero nello antico diritto de' Romani in quanto alla potestà paterna— la instituzione di essa non cessò di esser considerata

come *derivante dal diritto civile* — la madre fu esclusa dallo usarne — il padre su' figli naturali non la ebbe — tranne per eccezione il caso o di leggittimazione, o di adozione »

« Ne' paesi di diritto scritto passarono questi canoni — In que' di diritto consuetudinario furon quasi sconosciuti »

« Quando nella epoca del Consolato la quistione di patria potestà venne a discutersi, la Commessione incaricata di preparare il progetto del Codice civile sostenne le regole della potestà paterna — Nel seno del Consiglio di Stato passarono gli stessi principî; ma del pari che l' antica patria potestà de' Romani ceduto aveva allo impero della religione, ed al decorrimento de' secoli; così del pari le idee vigenti alla epoca de' nuovi codici dovean fare che questa fondasse in basi tutt' altre da quelle ritenute dalle leggi di Roma, adottate ne' paesi di diritto scritto — La Commessione, ed il Consiglio di Stato riconobbero che nel diritto naturale stesse la origine primitiva della potestà paterna — La definizione messa nel progetto esprimea « *la patria potestà è un diritto fondato sulla natura, e confermato dalla legge* « — In conseguenza di ciò questo diritto leggeasi conferito alla madre legittima dopo la morte del padre — Ma viva discussione avvenne circa siffatta idea nel Consiglio di Stato — essa fu sostenuta, e passò come consentanea a' principii tratti dal diritto di natura.

« Si trattò di estender cosiffatte vedute al caso de' figli *naturali* — Il Sig. Boulay invocando i principii del diritto di natura per far deferire la potestà

alla madre legittima, avrebbe voluto non di meno vederla ristretta a' soli figli *legittimi*, alle sole conseguenze *del matrimonio*—Il Sig. *Tronchet* sostenne il progetto della Commessione che accordava non solo al padre, ma alla *madre* eziandio de' *figli naturali riconosciuti* una partecipazione a' diritti di patria potestà — « la nascita sola, egli dicea, stabilisce doveri tra' padri e figli naturali— Questi figli debbon essere sotto una direzione qualsivoglia—Giusto è adunque mettergli sotto la direzione di coloro che per natura debbon le cure loro a' medesimi»—Tali sono i cardini su' quali fondaron le discussioni produttrici delle vigenti leggi sulla materia »

« La generale idea adunque che ha preceduto al titolo della patria potestà, lungi dallo intendersi tutta di *diritto civile* come presso i Romani, è a ritenersi presso noi desunta dal *diritto di natura*— Quindi i figli naturali vanno considerati così come i legittimi lo sarebbero in tutto quello che non si trovi eslusivamente circoscritto da positiva disposizione del diritto civile—Quindi va così inteso, che la potestà paterna accordata alla madre ed al padre *legittimo* si applichi in pari guisa alla madre ed al padre *naturale*.

« Rivolgiamoci ora al titolo della tutela —Presso i Romani traeva le sue origini la tutela da quegl' istessi principj su cui fondava la patria potestà, ed unicamente dal diritto *civile* desumeasi la tutela —Sotto lo impero delle Pandette, sotto lo impero del codice Giustinianeo, la madre legittima non avea tutele—pur nondimeno, temperati i costumi

a misura che il Cristianesimo s'inoltrava, le madri tutelarono sulle prime i figli soli *legittimi*, poscia finanche *i naturali* — Sotto lo impero delle Novelle troviamo riconosciuta legalmente per le madri così come pe' padri la così detta tutela *legittima* — Nondimeno troviamo che *non ipso jure* le madri avessero l'esercizio della tutela, bensì per effetto di una quasi derogazione al diritto comune, nisi a Principe filiorum tutelam postulem — Malgrado siffatti cangiamenti la tutela, anche estesa alle madri, conservò il suo carattere primitivo; restò sempre a riguardo eziandio de' genitori una instituzione derivante dal *diritto civile*.

« In Francia ne' paesi di diritto scritto fu riconosciuta e la tutela legittima, e la tutela testamentaria — La madre era di pieno diritto preferita così come il padre lo era a chiunque altro nella tutela de' figliuoli legittimi, senza che fosse d' uopo quel Rescritto del Principe dalle romane leggi voluto — La tutela però de' padri e delle madri legittime considerata fu nulladimeno come di diritto *civile*.

« Ne' paesi che viveano con diritto consuetudinario ogni tutela era *dativa*, deferivasi dal magistrato, anche quella de' padri e delle madri legittime, e la scelta preceduta vedeasi dal Consiglio di famiglia.

« Questi due sistemi ebbero presenti la Commessione, ed il Consiglio di Stato, allorchè il titolo della tutela fu messo in discussione — Sappiamo che prevalse in gran parte il sistema derivante dal diritto scritto; la tutela de' padri e delle madri le-

gittime fu ritenuta *ipso jure* come per regola — Il sistema del diritto consuetudinario fu riserbato pe' casi in cui i padri e le madri fossero morte.: allora solo si disse, vadasi alla tutela *dativa* — Ma agevolmente può arguirsi che la colluttazione fra' due sistemi non cessò di essere animata. Nel seno del Consiglio di Stato la tutela della *madre* legittima fu vivamente combattuta— lo fu, non senza meraviglia, da quel *Combacères* che apparteneva a paese che avea vissuto sotto lo impero del diritto scritto — per l'opposto la tutela della madre legittima fu sostenuta da *Tronchet* allevato fra le dottrine del diritto consuetudinario.

« Il Console *Cambacères* fece osservare che forsi non gioverebbe il deferire distintamente e di pieno diritto la tutela alle madri sopravviventi — Il Sig. Tronchet rispose « che in mancanza di Padre è la madre la più affezionata persona fra quelle che potrebbero prender cura del minore . . . La quistione del se la madre per essere ammessa alla tutela aspettar debba il Consiglio della famiglia, è quistione decisa dal voto della natura, la quale chiama la madre in preferenza di qualsivoglia altro parente » — Nel corso della discussione così come ne' discorsi degli oratori del Governo, e del Tribunale, il voto della *natura*, l'affezione *naturale*, la materna tenerezza, sono state invocate incessantemente per giustificare la disposizione la quale accorda alle madri la tutela de' *figli suoi legittimi* — Il progetto della Commessione in effetti dà alla tutela de' padri e delle madri la qualificazione di *tutela naturale*, e son le identiche espressioni

che si trovano in Toullier, non quelle di *tutela legittima* le quali d'altra banda in alcuno degli articoli del codice non vengono adoperate.

« . . . La denominazione di *tutela naturale* a riguardo de' figli legittimi istessi coincide col sistema del codice che fa derivar la tutela de' genitori non dal *diritto civile*, ma dal *diritto di natura* —. . . La tutela naturale è di regola—La tutela legale o dativa (quella data dal consiglio di famiglia) non dee venir che in mancanza della prima — Un figlio, così dicea Bertier « può restare senza padre, senza madre, senz' ascendenti. . . è *in questo caso* che, mancando le persone presuntivamente le più affettuose di qualunque altra, diverrà indispensabile ricorrere a' collaterali, alla tutela essenzialmente dativa» — L'*affezione naturale*, ecco la vera base del titolo *della patria potestà* e del titolo *della tutela* — L' *ordine e'l voto della natura*, ecco il principio e la regola generale della legislazione novella su tale materia — Eccezione a questa regola si fa quando alla legge si ricorre, e quando spenta la presunzione governata dalla naturale affezione, si richiede che un consiglio di famiglia nomini per la tutela.

« Nel silenzio della legge pe' figli naturali, dove cercheremo ragioni di analogia?—Nelle regole, o nelle eccezioni?—Il buon senso dice « *nella regola generale* »—Non vi sarebbe ragione per allontanarsi dall'ordine di natura a riguardo della tutela de' figli naturali, come non se ne ha per allontanarsene in riguardo alla tutela de' figli legittimi—ama forse di meno i figli suoi naturali una madre, di quel che

una madre ami i figli leggitimi ? —È forse meno tenero il cuore materno per lo difetto del matrimonio, o non è forse del seno suo, non è del sangue suo quella prole ?

« Se la vigente legislazione tien la madre legittima come la sola che in mancanza del marito abbia l'attitudine a sostenere di pieno diritto la tutela de' figli, perchè la natura lo comanda, la madre naturale avrà meno di attitudine, quando il padre naturale è morto, ad assumere il diritto di tutela ?

« Nel silenzio della legge non ha poteri il giudice per far prevalere nè la sua volontà, nè la propria sua opinione —Debb' egli pronunziare secondo i principî del diritto generale, ed in caso di dubbiezza certamente la inspirazione del diritto naturale è quella che dee prevalere.

« L'applicazione de' principî del diritto di natura, questa è la vera equità giudiziaria, e quando i giureconsulti romani scrissero che la equità è il supplimento delle leggi, *della equità giudiziaria* intesero, di quella che Portalis indicava rischiarando l'art. 4 del codice civile « *può essere definita un « ritorno alla legge di natura nel silenzio, nella « oscurità, nella insufficienza delle leggi positive* »

« Infine può invocarsi ancor quì l'autorità imponentissima delle leggi romane—si trovano in fatti nel codice Giustinianeo sotto il titolo *quando mulier tutelae officio fungi potest*, due disposizioni per le quali così come alla madre legittima, così del pari alla madre naturale sotto le medesime condizioni la tutela è accordata « *si mater voluerit eorum* (*sive masculi sint*, *sive foeminae*) *subire*

utelam, *ad exemplum legitimae sobolis*, *liceat ei hoc facere* ».

« Quindi la ragione di analogia, i principj della legge naturale, l'autorità delle romane leggi, tutto cospira per far considerar la madre naturale come avente diritto ad esser *ipso jure* tutrice de' figli suoi. . . »

« Non v'è dubbio: possono in tale sistema incontrarsi degl' inconvenienti. Madri naturali possono esister o indegne, o incapaci—Ma il rimedio va accanto al male—Allora un consiglio di famiglia può, e dee aver luogo, ma allora alla madre naturale dovrà permettersi che si spieghi, che si difenda —Il sacro interesse della prole—un pericolo grave imminente per la fortuna, o pe' costumi di essa, potrebber soli in determinati casi far tacere il voto della natura »—(*Requisitoria di Chassan* pronunziata il 4 dicembre 1837 alla Corte di Colmar, *non adottata*, nella causa per la donzella *Amiot*, ed i figli di *Neatter*

N.° 485.

Demolire-Possessorio-Competenza-Giudice Regio

(v. n. 34, 35, 302.)

La giurisprudenza francese in febbrajo 1838 scioglie un grave dubbio che fra insigni giureconsulti si era agitato —La teorica di Henrion de Pensey portava a ciò che il giudice circondariale nel-

la sede del giudizio *possessoriale* non potesse distruggere le opere fatte dal convenuto nel proprio fondo suo—che il giudice circondariale potesse conoscer dell'azione in quanto si fosse fatta la domanda *pria di compiersi il lavoro* che si dice costituir la materia della turbativa—cosicchè il giudice potesse soffermare la novità, rinviando colui che la stava producendo, a provvedersi in petitorio—il giudice potesse oltre a ciò pronunziare che si demolisca, sol quando si tratti di opere fatte in disprezzo degli ordini sospensivi di qualunque novità.

La teorica di Merlin portava a distinguer la nunciazione di nuova opera, e l'azione di turbativa come esperibili congiuntamente, di tal che ritenute entrambe come di competenza del medesimo giudice, stesse allo attore lo sceglier nelle conclusioni quale delle due cose intendesse ottenere— se la *sospensione sola*, o se anche la demolizione.

Ne' nostri esercizî sulla procedura civile noi credemmo attenerci a questo secondo senso, e ci fissammo a creder che *azione possessoria* fosse a considerarsi un *genere*—la nunciazione di nuova opera ne fosse una *specie*—l'azione di turbativa ne fosse una seconda— la prima fosse limitata ad ottener che s' impedisca — la seconda anche ad ottenere che sia *demolita* la opera che avvenuta fra l' anno turba l' altrui possesso di un anno ed un giorno, pria dell' avvenuta novità.

La Cassazione di Francia (*nel* 15 *marzo* 1826) si era spiegata nel senso della teorica di *Henrion*.

In altri arresti però (28 *aprile* 1829, 14 *apri-*

le 1830, 22 *maggio* 1833, 27 *maggio* 1834, 17 *giugno* 1834) rapportati da Dalloz (1 372, 1 209, 1 218, 1 256, 1 385) si era spiegata nel senso della teorica di *Merlin*.

È intesessante l' osservare che a' 5 *febbrajo di questo anno* 1838 ha quella Corte suprema ritenuto il principio di non commettere eccesso di potere il giudice circondariale che nella sede di possessoria azione ripara la turbativa, sopprime la opera eretta indoverosamente dal convenuto quando egli distrugge il lavoro nella quale stava la commessa turbativa, l' attentato contra l' annale legittimo possessso dello attore (causa *Goiselard de Villebresme* contra *Augereau.*)

N. 486.

Riunione—Contumacia—Notificazione—Patrocinatore

„ In gennajo 1838 la Cassazione di Francia ha avut' occasione di vagliar quistione che presso noi forse non è ancora avvenuta—in una causa era il legatario attore contra due eredi convenute—Delle due convenute una si rende contumace, l' altra comparisce alla udienza.

Quindi ha luogo la riunione di contumacia—Questa sentenza vien notificata alla sola contumace—all' altra no, perchè avea conchiuso essa alla udienza.

Si ritorna sull' effetto della riunita contumacia — Non si presenta nè l' una, nè l' altra, delle conve-

nute — Sentenza in merito, e questa tien la formola « *in contumacia* ».

Colei che avea conchiuso la prima volta, non essendo stata notificata per comparire in grado di contumacia riunita, si rende opponente alla sentenza che ritiene *contumaciale*, ment' era effettivamente resa *in grado di contumacia riunita.*

Nasce allora la contesa del se la seconda sentenza dovesse o no esser preceduta da notificazione anche a quella parte che fu presente allor che si pronunziò *riunione di contumacia*? — Si citano da una banda *Pigeau* 1 498, e *Favard de Langlade* 3 167 — da un' altra Boncenne 3 42, e Carrè art. 153 n. 632. — La causa va alla Corte Reale di Caen, e là si decide viziosa la procedura, perchè la sentenza di riunione *doveva esser notificata* anche a chi fu presente e non contumace la prima volta.

La Cassazione ha ritenuto che l'art. 147 c. d. p. (art. 240 l. d. p. c.) ordinando di notificarsi al patrocinatore la sentenza, ha fissato regole, di cui l'articolo 153 c. d. p. c. (art. 247 l. d. p. c.) fissa eccezione per lo caso di riunione di contumacia — che l'art. ha per oggetto il prevenire spese di notificazioni inutili, ed atti superflui; cosicchè nello art. 153 si parla di notificazione per mezzo di usciere destinato dal Tribunale per notificar quella parte che *fu contumace* — Superfluo ha definito la Corte di Cassazione « il far alcuna notificazione della sentenza di riunione di contumacia a' patrocinatori delle parti che furon debitamente rappresentate, quando la riunione fu profferita; poichè tali patrocinatori alla udienza avean conchiuso; a riguardo

di essi la sentenza di riunione equivale ad un differimento semplice della causa, *qui ne necessite aucune signification*, *mais un simple avenir* (un avviso semplice, non una notificazione della intiera sentenza di riunione di contumacia) — Decidendo per contrario che necessiti notificar la sentenza di riunione di contumacia a' patrocinatori che comparvero alla udienza la prima volta in cui la riunione fu pronunziata, la Corte di Caen ha definito necessaria a pena di nullità una notificazione che la legge non esige, che il legislatore ha avuto intenzione di proscrivere, ha commesso un eccesso di poteri, ha falsamente applicato l'art. 147 c. d. p. c.—ha espressamente violato l'art. 153— Quindi cassa ed annulla —Cassazione di Parigi causa *Cascoin*, ed *Andrè* 1838 4 gennajo.

N.° 487.

Comuni-Autorizzazione-Liti-Ratificazione — Consiglio degli Ospizi

Un comune non può statuir giudizio senz'autorizzazione— Questa è regola (art. 302 l. 12 dic. 1816) —*Eccezione*—se sia convenuto, e non attore il comune, può senz'altra autorizzazione difendersi. Il Sindaco sceglie in Decurionato il difensore della lite, e fa rapporto allo Intendente—(art. 310 *l.* 12 *dic.* 1816).

Gli stabilimenti di beneficenza, i pii luoghi di

pendenti dal Consiglio generale degli Ospizii son considerati come sezioni dell' Amministrazine di un Comune (*dec.* 30 *apr.* 1810). Le loro liti s' intraprendono e si difendono secondo i principj degli art. 69 e seguenti del regolamento de' 20 maggio 1820.

Le donzelle povere di un Comune per un legato di maritaggio loro tramandato dalla pietà di un testatore, vedeansi *convenute* in graduatoria. La notificazione a fin di produrre nel giudizio di ordine si vedea fatta al Parroco del Comune, e le donzelle rappresentate sulle prime *dal Parroco* stavano in giudizio di graduatoria—Il Sindaco unì la voce sua a quella *del Parroco*—Il Decurionato scelse un difensore, che fu approvato—Fu inoltrata la difesa delle povere dal Parroco, e dal Sindaco—Si dubitò se l' autorizzazione mancata a' primi passi del giudizio lo colpisse di nullità—Fu rispinta questa eccezione—4 settembre 1835 G. C. civ. di Napoli 2 cam. r. n. 1169.

N.° 488.

Conciliatori—Competenza—Sequestri conservatori Frutti attaccati al suolo

» I Conciliatori non possono pronunziare su' sequestri conservatori di generi attaccati al suolo»—Così spiegava il Procuratore del Re sig. Amorosi la intelligenza dello art. 98 del regolamento pe' con-

ciliatori corrispondente allo articolo 89 delle leggi di procedura civile in uffizio diretto allo Intendente di Napoli il 21 ottobre 1821 numero 3893, e rinviava ad una circolare del Ministro di Grazia e giustizia del 16 gennaio 1819.

N.° 489.

Privilegio—Medici—Malattia ultima Mobili-Immobili

Comprende i *mobili* e gl'*immobili* indistintamente quel privilegio che la legge accorda a' medici per lo compensamento delle cure ch'essi prestarono al defunto nella ultima infermità di lui—(*art.* 1870, 1973 *l. c.*)—Si dubitò del se a' mobili soli fosse quel privilegio ristretto—La G. C. civ. disse che *anche gl' immobili* andassero al privilegio sottomessi (4 sett. 1835 G. C. civile di Napoli r. n. 1109 2. cam.)

N.° 490.

Università-Assenso-Debiti-Comuni-Prammatica del 1606-Utilità

(v. n. 414.)

L'assenso Regio non può presumersi—L'assenso Regio non può supplirsi nè per tempo, ne per

congettura, nè per equipollenza—dee vedersi originalmente in forma specifica, solenne—non osta la centenaria, nè qualunque possesso (dispacci 1771 18 febbraio, 1772 10 febbraio, 1773 1 maggio)—*Quid* nel caso di debiti di una università che si vedessero contratti oltre a due secoli fa per dismettere debiti anche più antichi?—Sarebbe forsi applicabile a questa specie di *contratti di comuni* la teorica di doversi esibire l' assenso, o doverli dir nulli essenzialmente?

La prammatica XI *de admin. universit.* pubblicata nel 28 giugno 1606 richiamato avea sin d'allora il rigor delle forme; e principalmente *la necessità del Regio assenso* nelle obbligazioni de' comuni, allora *università*.

Eccezione avea fatto pur nondimeno pe' contratti che fosser *preesistiti*—avea sancito così « che qualora fosser muniti di regio assenso, *o si mostrasse essere andata la somma in beneficio del comune*, non potessero i creditori esser defraudati di soddisfazione, e per sorte e per interessi ».

La Corte suprema di giustizia ha avuto poco fa occasione di vagliar la efficacia di quella prammatica e di spiegarne il senso, applicandola al caso di un creditore di università antichissimo, che dato avea i suoi danari al Comune nello scopo di estingere altre obbligazioni, delle quali la maggior parte comprendea la epoca preveduta dalla Prammatica XI *de administr. univers.*

La suprema Corte ha ritenuto così « . . . *non bastava intrattenersi alla mancanza degli assensi sulle obbligazioni originarie, ma conveniva discen-*

dere *al fatto della versione in utilità del comune* »—Si è intrattenuta sul riflettere che quel contratto vedeasi *adempiuto*, e che « *il decorrimento di un tempo superiore a due secoli* ha potuto bene influire alla dispersione degli assensi ottenuti su' contratti originarj, ed alla perdita delle corrispondenti memorie di essi »—Ha osservato che leggeasi quel vecchio credito ammesso « nel famoso stato del Regente Tappia assai vicino alla epoca di quel contratto, quando la viva rimembranza della Prammatica eccitava senza dubbio ad esaminar e discutere la *purità delle obbligazioni originarie estinte*, sia sotto il rapporto de' Regj assensi, sia per la conosciuta versione in utilità del Comune ».

È notevole il seguente canone consegnato nello arresto della suprema Corte—« Anche ritenuta come certa la mancanza degli assensi *in primis venditionibus*, pure quella condizione meritava di essere intesa a' termini della Prammatica, che *della versione utile avea creato un equipollente allo assenso*—quindi era il caso ancora di poter esser valide le contrattazioni per la utilità della versione »—(causa *Ossorio* contra *Rivera* e *Caprini* C. s. di giustizia di Napoli 8 agosto 1837.)

In questo medesimo arresto mentre si fà la distinzione anzi espressa pe' debiti *anteriori alla prammatica del 28 giugno* 1606, e si ritiene come canone che « per le obbligazioni de' comuni *posteriori* alla citata Prammatica *trovandosi costituito il rigore del Regio assenso*, cessavano le ricerche de' creditori intorno *alla versione* ».

N.º 491.

Fondo superiore—Acqua—Scolo impedito—Muro

(v. n. 398, 399)

Il proprietario del fondo inferiore è obbligato a ricever le acque del fondo superiore che ne scolano naturalmente, e *non può alzare alcun riparo che impedisca questo scolo* (*disp. testuali dello art.* 562 *l. c.*)—Ma se alzerà un muro ed in questo si faranno delle *aperture capaci di ricever le acque che scorrono* dal fondo soprastante, sarà compiuto o no il voto della legge?

La ragione di dubitare s' incontra da chi volesse stare alla lettera dello articolo « *non può alzare alcun riparo* » —Dunque il muro non può sorgere.

La ragione di decidere sta *nel fine* che il legislatore ha espresso « non può alzare alcun riparo *che impedisca lo scolo* »—Dunque il muro non è vietato sin quando lo scol si ottenga malgrado la sua elevazione.

In un arresto della s. C. di giustizia di Napoli si ha che il Tribunale civile di Salerno il 25 luglio 1836 assolvè il sig. Casazza dalla domanda di demolizione del muro costruito nel proprio fondo sottoposto ad un giardino del Principe di Angri—ordinò benvero che a questo nuovo muro si facessero aperture atte a fare scolar le acque che dal giardino del Principe di Angri scenderebbero

» mercè le quali, senza deteriorare per quanto è possibile la solidità del muro istesso, si apra alle acque suddette un libero scolo ».

Ricorso —e la s. C. ha ritenuto « che il Principe di Angri non aveva altro diritto, se non che le acque le quali cadono nel suo fondo trovino la uscita libera nel fondo inferiore di Casazza—che avendo il Tribunale ordinato che i periti a regola di arte facciano le aperture nel muro costruito da Casazza corrispondenti per lo scolo delle acque, è venuto con ciò a mantenere intieramente la servitù legale che viene stabilita nell' art. 562 l. c.—che quindi lungi di esservi alcuna violazione, si è il Tribunale uniformato a ciò che il citato articolo stabilisce » — Corte suprema di giustizia di Napoli 25 novembre 1837.

N.° 492.

Corte suprema—Fatti non dedotti in G. C.

» Per lo disposto dallo art. 591 delle l. di p. c. è vietato alla Corte suprema di accogliere quei mezzi che nascono da fatti non dedotti per azione ed eccezione » — Così in arresto della Corte suprema di giustizia di Napoli 2 dicembre 1837 causa *Giannino*.

N.° 493

Obblighi penes acta-Decennio decorso

(v. n. 26)

Quando le prammatiche del Regno eran vigenti, conoscevamo una forma di cautele così dette *obbligo presso gli atti* (penes acta) —La prammatica 73 § 6 de off. Proc. Caes. dava a questa specie di carte una spedita esecuzione — *Incusavasi* l'obbligo, e si rendeva esecutorio·

Ma questa rapida esecuzione ove per dieci anni l'obbligo penes acta non si vedesse *incusato* (non se ne vedesse provocato lo adempimento) degradava in un giudizio con particolari forme così detto di *termine*, il quale cartolariamente compilavasi.

Al cangiamento del rito civile un creditore agì ne'modi soliti innanzi a'nuovi tribunali — ottenne la condanna allo adempimento della promessa racchiusa in obbligo *penes acta* del 1801 — Dubitavasi del se quell'obbligo per lo decennio decorso perduto avesse la via esecutiva, e quindi se la procedura dovesse esser diversa da quella che vedeasi praticata — Invocavasi la prammatica 73 § 6 de off. Proc. Caes.

La suprema Corte di giustizia di Napoli ritenne» che al cangiamento del rito civile non potè più valere il sistema delle *incusazioni* degli obblighi *penes acta* — e da ciò l'uopo di una domanda nelle giuridizioni competenti, senza intrattenersi nello esame del se eran decorsi gli anni dieci; dapoichè il nuo-

vo rito non permettea la esecutoria speditezza, la quale dipende dal giudicato da profferirsene—Conseguentemente la violazione della prammatica mancando adesso di oggetto, non può prestarsele ascolto » —*Rigettò* —11 novembre 1837 causa *Vitale*.

N.° 494

Ipoteca eventuale—Privilegiato creditore—Fondo ceduto in pagamento

Al creditore privilegiato vedeasi ceduto in pagamento l'immobile—era a lui dovuto la garantia per la eventualità derivante da possibile evizione—Si dubitò del se potesse costui per la *eventualità* pretendere *un rango privilegiato del pari?*

La gran Corte civile disse di no « soddisfatto il creditore privilegiato, immediatamente cessa la ragione del privilegio dettato dalla legge per sicurezza del creditore—Simile sicurezza ottiene i suoi effetti mercè quel pagamento che con la estinzione del debito faccia svanire qualsivoglia incertezza o preferenza—Ove però tale pagamento abbia luogo con la cessione di qualche fondo, sia rustico, che urbano, per garantia del quale sia promessa la evizione sopra determinati fondi, allora siccome il diritto eventuale sorge dalla novella contrattazione che racchiude la estinzione del debito primitivo, ed *altra nuova assicurazione per lo tratto futuro* occorre; così non può avere un rango diverso da quello *della inscrizione*, e giammai una ragione privilegia-

ta—per cui si risolve in una *cauzione* da imporsi agli ultimi creditori prendenti (4 *settembre* 1835 *G. C. civ. di Napoli ruolo n.* 1109 2. *cam.*)

N.° 495.

Usurai maledetti-Unciario foenore-Nautico foenore-Antaismo

(v. n. 153)

La Divina legge proibì la usura—« *Non foenerabis fratri tuo ad usuram pecuniam, nec fruges, nec quamlibet aliam rem*—(Deuteron. cap. 23 v. 19—Psal. 14, 14 — Ezechiel. cap. 18. — Ecclesiast. cap. 19—S. Luc. cap. 6.)— I Concilii la proibivano del pari — (Laeteranens. 3, an. 1179 —Turonens. an. 1180)—Denegavasi la chiesastica sepoltura agli usurai riconosciuti abitualmente tali (*cap.* 2 *de usur. in sexto*) Il giuramento di non ripeter le usure non era tenuto come obbligatorio (*cap.* 13 *Dextra de usur.* — *Cap.* 10 *Clem.* 14 *qu.* 4 *cap.* 9 *dist.* 46 *cap.* 11 —*Dist.* 88 *cap.* 3, 4, 17, 18, *Extra de usuris*) — Agli ortodossi era vietato esiger ogni specie di usura nel mutuo, ancor quando avesse dovuto impiegarsi in opere di pietà (*cap.* 4 *Extra de usuris*) Nelle leggi delle dodici tavole, nel digesto *de usuris* (22 1) in molti luoghi del diritto, e presso non pochi scrittori s' incontran le parole « *unciarium foenus, usurae besses, trientes, se-*

misses , *mercedes quinae* » — Giova conservar le memorie di queste antiche nomenclature.

La sorte mutuata consideravasi in cento parti divisa.

« *Romani pueri longis rationibus assem*
Discant in partes centum deducere »
(HORAT. DE ART. POET. V. 325.)

Adunque stipular la *centesima* valea stipular interessi al dodici per cento l' anno —E gli usuraî fissavano il primo di ogni mese per la scadenza » . . . *quum tristos misero venere Kalendae* (serm. lib. 1 satyr. 3) — la chiamavano *uncia*, di tal che riunita ove fosse per dodici mesi, diveniva usura *assis* , ovvero *as usurarium.*

Usurae deunces chiamavan quelle dell'undici per cento l'anno , come quelle che in un anno rendean dodici centesime meno una—*Dextantes*, ovvero *decunces usurae* diceano quelle del dieci per cento l'anno —*Dodrantes* del nove—*Besses* dell'otto — *Septunces* del sette — *Semisses* del sei — *Quincunces* del cinque—*Trientes* del quattro — *Quadrantes* del tre—*Sextantes* del due —*Unciariae* dell'un per cento l'anno— E fin *semiunciarium* del mezzo per cento annuo.

Est unciarium foenus (osserva pothier comentando le parole « *si quis unciario foenore amplius foenerassit quadruplione luito* » nel cap. 2 tavola 3 delle leggi delle XII tavole) *uncia* , *seu* duodecima pars centesimae *usurae in singulos* menses , *vel centesima sortis in singulos* annos (un pour

cent par an) *permodica sane et frugalitati horum tempore apprime accomodata*—Egli rinvia a Tacito che narra essersi anche di più ribassata la misura degl'interessi « *Dein rogatione Tribunitia ad* semiuncias *redacta—postremo vetita usura ; multisque Plebiscitis obviam itum fraudibus , quae toties repressae miras per artes rursum oriebantur* (Tacit. Annal. 6 16.)

Sexquicentesima usura diceasi quella che dava una centesima e mezza , il diciotto per cento l'anno—*Binae centesimae* eran le usure del due per cento al mese , ventiquattro per cento l'anno—*Ternae centesimae*, trentasei per cento—*Quinae centesimae* , sessanta per cento annuo.

Giovenale parla di quelle usure *triplice* , ossian *ternae*

« *Pollio qui* triplicem *usuram praestare paratus*
Circuit , *et fatuos non invenit* . . . »
(Juvenal. satyr. 9. v. 7.)

Orazio delle usure al sessanta per cento rammemora con viva indignazione

« Quinas *hic capiti mercedes exsecat* , *atque*
Quanto perditior quisque est, *tanto acrius urget*
Nomina sectatur, *modo sumpta veste virili*
..... *tironum-Maxima quis non* ,
Jupiter ! *exclamat simul atque audivit* »
(Horat. lib. i Satyr. 2)

Rammentiamo la Legge *Licinia* (emanata verso l' anno 396 di Roma) —La legge *Duillia-Menio* (verso l' anno 366)—La *Genucia* che a' Romani proibì ogni specie di usura—La *Sempronia* che estese la proibizione a tutt'i Latini ed a tutti gli

galleati de' Romani (circa l' anno 560)—La *Gabinia* che pronunziò contra gli usuraî fin la perdita de' capitali (*v. Liv. lib.* 7.—*Id. lib.* 35—*Cic. Epist. ad Attic.* 1. 6.)—Ed un fatto istorico del 457 di Roma (*rapportato dallo stesso Livio* 10, 16) « Eodem anno Cn. et Qu. Ogulnii Ædiles Curules » aliquot foeneratoribus diem dixerunt; quorum » bonis multatis, ex eo quod in pubblicum re- » dactum est aenea in Capitolio limina, et trium » mensarum argentea vasa in cella Jovis, Jovem- » que in culmine cum quadrigis, et ad ficum Ru- » minalem simulacra infantium conditorum Urbis » posuerunt; semitamque saxo quadrato a Ca- » pena porta ad Martis straverunt ».

Dell' Imperatore Costantino si ha che tolerato avesse le usure fino al *dodici* per cento l'anno—Giustiniano avesse tolerato quelle del *dodici* ne' soli contratti di cambio, dell' *otto* pe' negozianti del *sei* per gl' ignobili, del *quattro* pe' nobili (*v. l.* 26 *c. de usur* — *v. Pothier Pand. Just. tot. tit. de nautico foenore* 22, 2.)

L' anatocismo (l' interesse sull' interesse) fu presso i Romani vietato —(*l.* 26 § 1. *de cond. ind.*— *l.* 15 *de usur.*—*l.* 29 *eod.*—*l.* 27 *de re jud.*— *l.* 28 *c. de usur.*—*l. fin. c. eod.*—*l.* 20 *c. de pign. et hypoth.*)—Di tal che Diocleziano e Massimiano disposero « improbum foenus exercentibus et *usuras usurarum* illicite exigentibus, infamiae macula irroganda est » (*l.* 20 *c. ex quib. caus. infam.*)—E Giustiniano « cum enim jam constituimus usuras usurarum penitus esse delendas,

nullum casum relinquimus ex quo hujusmodi machinatio possit induci ».

Cicerone « Primum improbantur hi quaestus qui in odia hominum incurrunt, ut portitorum, in foeneratorum (*de off.* 1.) ».

Sant'Ambrogio esclamava « Veniunt Kalendae— parit sors centesimam —Veniunt menses singuli— generantur usurae— Crevit centesima — petitur— Nec solvitur —adplicatur ad sortem—Itaque non jam centesima incipit esse, sed summa — hoc est non foenoris centesima, sed foenus centesimae » (*in cap.* 12 *Tob.*) — San Basilio scrivea così— « Officium tuum fuerat hominis depressi egestatem consolari ac leviorem reddere—Tu contra adauges fructum ex homine destituto; veluti si quis medicus ad aegrotantes introgressus, loco reddendae sanitatis, id quod ei virium restabat auferret — Et tu inopum calamitates materiam tibi constituis augendi proventus? —(*S. Bas. in Psalm.* 14.)

Di tal che « Cum ille qui quæsiverat dixisset » *quid foenerari?* »—tum Cato « *quid hominem*, inquit, *occidere?* » (*Cic. de off, lib.* 2 *in fin.*) — Majores nostri sic habuerunt, et in legibus posuerunt: furem dupli condemnari; foeneratorem quadrupli – Quanto pejorem existimaverut foeneratorem, quam furem!—(*Cato de re rustica in proaemio*)

Al volger degli anni la *vendita di annue entrate* fu introdotta, che i Pontefici *Martino v.*, *Niccolò v. Callisto III*, e *Pio v.* (pe' quali v. *Afflict. controv. forens* 44 *n.* 10) tolerarono ed approvarono, e che dalle *Bolle* pontificie prese il nome di *bullare censo per capitale quandocumque*

Il tenore delle quattro Bolle è interessante — Giova di rapportarne quì le parole.

BOLLA DI MARTINO V. DEL 1420.

« Regimini universalis ecclesiae, quamquam immeriti, disponente Domino, praesidentes, curis angimur assiduis, ut juxta creditae nobis dispensationis officium, subditorum quorumlibet paci, et quieti (quantum nobis ex alto conceditur) intendamus: Et dubia quae inter eos oriuntur pro tempore, ne litis anfractum, seu scandalorum parturiant fomentum, nostro moderamine declarentur— Sane petitio dilectorum filiorun universorum, cleri, nobilium, incolarum, et habitatorum civitatis et dioaecesis Uratis laviensis nobis exhibita continebat: quod a centum annis citra et supra, et a tanto tempore et per tantum tempus cujus contrarii memoria hominum non existit: in eisdem civitate, et dioaecesi, ac partibus alii vicinis, quaedam consuetudo rationabilis observata, praescripta, ac moribus utentium approbata ad communem hominum utilitatem introducta fuisset pro quibus princeps, baro, miles civis, sive oppidanus partium earundem (quum hoc expedire videbatur melius) pro tunc non valentes sibi consulere personae ecclesiasticae aut saeculari collegio, aut universitati, oppido, vel civitati; super *bonis suis dominiis, oppidis, terris, agris, praediis, domibus*,

et hereditatibus, vendere consuevit, et vendidit annuos census unius, vel plurium marcarum aut grossorum Pragensium nummi polomaci, et pagamenti consueti, ad rationem, et pro qualibet marca annui census, decem, undecim, tresdecim, quatuordecim marcae, aut plus vel minus secundum temporis qualitatem prout ipsi contrahentes tunc inter se convenerant. Ipsi venditori tunc integraliter in pecunia numerata solvi *consueverant*, *bonis in ipso contractu tunc expressis* pro ipsius census annui ex solutione in perpetuum obligatis. Et semper in ipsis contractibus expresse ipsis venditoribus data fuit facultas, atque gratia, quod ipsum annuum censum in totum vel in partem pro eadem summa denariorum quam ab ipsis emptoribus receperunt, quandocumque vellent, libere absque alicujus requisitione, contradictione, vel assensu, possent extinguere et redimere, ac se ab ipsius census solutione ex tunc penitus liberare— Sed ad hoc hujusmodi census venditores inviti, nequaquam peremptores *arctari vel adstringi valerent*, *etiam ipsis possessionibus*, *et bonis obbligatis poenitus interemptis ac descructis*—Fuitque et est talis contractus emptionis et venditionis per Episcopos Uratislavienses pro tempore existentes, et eorum officiales, nec non per diversos dominos temporales lucorum et terrarum, in quibus census hujusmodi constituti existunt, tanquam licitus et communi utilitati deserviens saepius confirmatus pariter, et adprobatus, quod quae etiam super hujusmodi censibus plurima beneficia ecclesiastica, collegia, canonicatus et praebendae, dignitates, personatus,

et officia, vicariae, altaria numero plusquam duomillia de expresso consensu et voluntate dominorum temporalium, sub quorum territoriis dicta bona obligata consistunt, erecta, dotata, et fundata, authenticis, eorundem dominorum temporalium literis, sigillis sigillatis, et roboratis fore noscuntur; quodque etiam venditores eorumdem censuum se nonnunquam ad ipsorum censuum solutionem poenis et censuris ecclesiasticis ordinariorum locorum sponte et libere submiserunt, sicuti etiam aliqui eorum tractu temporis compulsi fuerunt, et compelli consueverunt—Tamen nonnulli ex venditoribus ipsis in arcum pravum conversis cupientes cum alterius pecunia locupletari, hujusmodi census hucusque per eos antea libere et absque ulla contradictione solutos, eisdem emptoribus tam ecclesiasticis quam saecularibus solvere contradicunt et recusant, configentes hujusmodi emptionis et venditionis contractus fore et esse usurarios et illicitos: ipsos emptores ecclesiasticos, et saeculares, nec non collegia canonicatus, et praebendas, et dignitates, personatus et officia, vicarias, ed altaria, ac beneficia hujusmodi ipsorum annuorum censuum spoleant perceptione, et detinent spoliatos in animarum suarum periculum, eorumque emptorum præjudicium damnum et gravamen; et propterea an contractus *emptionis* et *venditionis* hujusmodi liciti existant a nonnullis haesitatur—Quare pro parte eorundem cleri, nobilium incolarum, et habitatorum civitatis et dioecesis Uratislaviensis nobis fuit humiliter supplicatum, ut an contractus hujusmodi liciti vel illiciti censeri debeant decla-

rare, et alias eis in praemissis opportune providere, de benignitate apostolica dignaremur.

Nos igitur hujusmodi supplicationibus inclinati, quia etiam ex relatione dilecti filii nostri Gulielmi tituli S Marchi præsbyteri cardinalis, cui negotium hujusmodi juridico cum peritorum consilio commisimus examinandum, comperimus contractus hujusmodi juridicos, et juxta determinationem doctorum licitos fore—ad hujusmodi ergo ambiguitatis tollendum dubium in praemissis, praefatos contractus licitos et juri communi conformes, ac ipsorum censuum venditorem ad illorum solutiones (remoto contradictionis obstaculo) obligari auctoritate apostolica, tenore praesentium ex certa scientia declaramus, non obstantibus praemissis, caeterisque contrariis quibuscumque—Nulli ergo omnino hominum liceat hanc paginam nostrae declarationis infringere, vel ei ausu temerario contra ire.

Si quis autem hoc attentare praesumpserit indignationem omnipotentis Dei ac beatorum Petri et Pauli apostolorum ejus se noverit incursurum—Volentes quod praedictae literae nostrae debitum sortiantur effectum, fraternitati vestrae per apostolica scripta mandamus, quatenus vos, vel duo, aut unus vestrum per vos, vel alium, seu alios praefatis emptoribus in praemissis opportuni favoris praesidium efficaciter impedentes, dictasque literas, ubi, quando, et quoties expedire videritis auctoritate nostra solemniter publicantes, faciatis eadem auctoritate eisdem emptoribus vel ipsorum procuratoribus eorum nominibus, per venditores seu debitores censuum hujusmodi de praefatis censibus

juxta contractuum et conventionum inter ipsos habitorum formam et tenorem plenam et debitam satisfactionem impendi contradictores per censuram ecclesiasticam, appellatione postposita, compescendo. Non obstante si aliquibus communiter vel divisim a sede apostolica sit indultum quod interdici, suspendi, vel excommunicari non possint, per litteras apostolicas non facientes plenam et expressam ac de verbo ad verbum de indulto hujusmodi mentionem—Datum Romae apud sanctos Apostolos, VI nonas Julii Pontificatus nostri anno VIII.

BOLLA DI NICCOLO' V. DEL 1451.

Nicolaus Episcopus servus servorum Dei, ad perpetuam rei memoriam—Solicitudo pastoralis, officii fores nostrae providentiae pulsare non desinit, ut indemnitati ac statui prospero fidelis populi curae nostrae caelitus commissi, juris moderando rigorem per optimae provisionis remedia, quantum ex alto nobis permittitur, salubriter consulamus—Sane sicut fide dignorum relatione didicimus in regno Siciliae ac certis aliis dominiis et terris carissimi filii nostri Aphonsi Aragonum et utriusquae Siciliae regis, illustris, avaritiae caecitas et damnandae ambitionis improbitas quorumdam oculos adeo excecavit usurariaque pravitas illis in partibus tantum excrevit, quod incolae et habitantes illarum pecuniis indigentes eas vix aliter quam foeneratorum opera, quasi inauditum foenus exer-

centium, consequi possent et quum eas acceperint, si in tempore percepta non restituerint, brevi eorum bona insatiabili usurarum voragine miserabiliter consumuntur; et quod in dominiis et terris ipsius regis ultra montes constitutis videlicet in regnis Aragonum, Valentiae, Majoricarum ac principatus Cathaluniae et comitatibus Rosilionis et Ceritaniae, universitates, et singulares personae tam ecclesiasticae quam saeculares hujusmodi pecuniis indigentes, ut cum minori incommodo eas habere possint per *venditiones* annualium censualium (quae mortua nuncupantur) super domibus, possessionibus, et proprietatibus specialiter vel etiam generaliter super omnibus bonis, reditibus, emolumentis, juribus, et rebus eorum, mediante tantum instrumento gratiae redimendi onera eorum sibi; ut plurimum prospicere et consulere consueverunt. Quod in praedictis ejusdem Regni partibus et regnis ultra montes constitutis, non solum in longam consuetudinam (de cujus contrario memoria hominum non existit) more utentium deductum est, sed etiam per municipalia hujusmodi regnorum et partium jura, per regem ipsum, seu ejus praedecessorem cum consensu trium brachiorum, videlicet ecclesiastici, militaris, et regalis promulgata specialiter cofirmatur—cum itaque multis incolis et habitatoribus partium et dominiorum ejusdem regis citra montes constitutorum et indigentibus per hujusmodi censualium venditiones subvenire cupientes, ut foeneratorum usuris eximi possint, sed quia in hoc pecuniis abundantes dubitandi usurariam pravitatem committere, et sic eisdem indigentibus more praemissio succurrere formidant, in indi-

gentium detrimentum, et foeneratorum eorundem evidens incrementum—Pro parte ejusdem Regis asserentis et subditos serenitatis suae quamplures gravium usurarumvoraginibus magnis hactenus pecuniis exhaustos existere: alios quoque in dies pecuniis egentes foenore magis, atque magis opprimi et vexari; Nobis fuit humiliter supplicatum ut eis paterno compartientes affectu, in primis de opportunae provisionis opere succurrere, praefatasque censualium *venditiones* cum clausulis, et cautionibus ad earum validitatem inter emptores et venditores mutuo consensu ineundas, absque laesione conscientiae in regnis Siciliae citra et ultra Pharum fieri posse, debere decernere et declarare de benignitate apostolica degnaremur.

Nos igitur pro debito pastoralis ministerii nobis divinitus injuncti super his salubriter provideri ac statui, et indemnitatibus incolarum et habitatorum, regnorum, et terrarum dicti Regis citra montes constitutorum praesentium et futurorum quantum cum Deo possumus subvenire cupientes, et attendentes quod clero terrarum, et dominiorum ipsius regis citra montes constitutorum in suis olim indigentiis per venditiones praedictorum censualium auctoritate apostolica pluries consultum et provisum fuit, praefati Regis in hac parte supplicationibus inclinati tam ejusdem Regis, quam hujusmodi regnorum Siciliae citra et ultra Pharum, omnibus et singulis incolis et habitatoribus locorum, civitatum, et terrarum universitatibus praesentibus et futuris hujusmodi censualia *super rebus etproprietatibus suis*, *ac facultatibus et emolumentis eorundem* instrumento gratiae pro consimili pretio illa redimendi mediante, dummodo

annualis census hujusmodi censualium decimam partem principalis recepti, seu pretii eorundem non excedat, inter re contrahendi, vendendi, et emendi *cum opportuna contrahentium securitate, tuitione, et indemnitate*, ac cum potestate *vendentes personas, eorumque proprietates, reditus, jura, jurisdictiones census, ac omnia, et singula mobilia et immobilia bona obligari* faciendi; ac etiam quascunque alias obligationes, et submissiones cuicumque foro necnon renunciationes, promissiones, stipulationes poenis, juramentis et aliis cautionibus vallatae, et alia quaecumque de quibus inter ementes et vendentes hujusmodi censualia conventum, et in pactum deductum fuerit, plenam licentiam et liberam auctoritate apostolica tenore presentium concedimus facultatem— Decernentes et declarantes eosdem incolas et habitatores ac civitatum et terrarum universitates censualia praedicta *modo praemisso* in Regnis ipsis Siciliae citra et ultra Pharum, libere, et licite contrahere, ac emere et vendere posse neque propterea usurariam pravitatem committere, dummodo alias quam ut permittiur quodlibet annum censuale decimam partem recepti, seu pretii venditionis ipsius non excedat. Et *pensionibus seu annualitatibus illorum in sortem non computatis*; pro tali redemptione praeter principalem summam nihil ultra percipiatur ab emptore vel exhibeatur a venditore, non obstantibus constitutionibus et ordinationibus, ac privilegiis apostolicis nec non statutis etiam municipalibus, vel Regalibus et consuetudinibus civitatum et terrarum regnorum praedictorum Siciliae citra et ultra Pharum etiam juramento, con-

firmatione apostolica, vel quacunque alia firmitate roboratis, etiamsi de eis faciendo esset specialis mentio quae hic haberi volumus et habemus pro sufficienter expressis ceterisque contrariis quibuscunque non obstantibus—Nulli ergo omnino hominum liceat hanc paginam nostrae concessionis, constitutionis infringere, vel ei ausu temerario contra ire; si quis autem hoc attentare praesumpserit, indignatione omnipotentis Dei et beatorum Petri et Pauli Apostolorum ejus se noverit incursum—Datum Romae apud S. Petrum anno incarnationis Dominicae 1451 pridie Kalend. octobris pontificatus nostri anno VI.

BOLLA DI CALLISTO III 1455.

Regimini universalis ecclesiae (quamquam immeriti) disponente Domino praesidentes, curis angimur assiduis, ut juxta nobis crediti dispensationem officii subditorum quorumlibet paci, et quieti (quantum nobis ex alto conceditur) intendamus: et dubia quae inter eos oriuntur pro tempore ne litigantium anfractus exinde, seu scandala proveniant debito (prout justitia suaserit) declarationis nostrae ministerio sopiantur. Sane pro parte venerabilis fratris nostri Joannis episcopi Mersburgen, et dilectorum filiorum universi cleri, civitatis, et dioecesis Mersburgensis nobis nuper exhibita petitio continebat, quod licet a tanto tempore (cujus contrarii memoria non existit), in diversis Alemaniae partibus pro communi hominum utilitate, inter habitatores.

et incolas partium earundem talis inolevit, actenusque observata fuerit legitime praescripta ac moribus utentium et ordinariorum permissione et plerumque expressa ratificatione, adprobata consuetudo quod ipsi habitatores, et incolae sivi illi ex eis quibus id pro suis statu et indeminitatibus expedire visum fuerit super eorum *bonis*, *domibus*, *agris*, *praediis*, *possessionibus et hereditatibus* annuos marcarum florenerum seu grossorum monetae in partibus illis currentis redditus, seu census vendentes pro singulis ex marcis, florenis, sive grossis hujusmodi ab eis qui illas, vel illos sive redditus, sive census ipsos emerint certum competens *pretium*, *in numerata pecunia* secundum temporis qualitatem, prout ipsi vendentes et ementes in contractibus super his, inter se firmaverunt, et recipere soliti fuere illa *ex domibus*, *terris*, *agris*, *prædiis*, *possessionibus*, *et hereditatibus predictis qui in hujusmodi contractibus expressi fuerunt*, *praedictorum solutione* reddituum et censum efficaciter obligantes in illorum vendentium favorem: hoc adjecto, quod ipsi pro rata qua hujusmodi per eos receptam dictis ementibus restituerent in toto vel in parte pecuniam, a solutione reddituum seu censuum hujusmodi restitutam pecuniam contingentium, liberi forent penitus, et immunes. *Sed iidem ementes etiamsi bona*, *domus*, *terrae*, *agri*, *possessiones*, *et hereditates hujusmodi processu temporis ad omnimodae destructionis sive desolationis reducerentur*, *opprobrium*, *pecuniam ipsam etiam agendo repetere non valerent*; apud aliquos tamen haesitationis versatur scrupulus, an hujusmodi contractus liciti sint censendi.

Unde non nulli illos usurarios fore praetendentes occasionem quaerunt reditus et census hujusmodi ab eis debitos non solvendi. Quare pro parte episcopi et clerici prædictorum, adserentium quod in talibus sic emptis censibus et reditibus fructus reditus et proventus plurium ecclesiarum, monasteriorum, hospitalium et ecclesticorum beneficiorum civitatis et diœcesis ac partium praedictarum nec non fere omnes quotidianae distributiones, quae in plerisque ex ecclesiis ipsis divinis interessentibus ministrari solent consistere noscuntur, nobis fuit humiliter supplicatum ut super his apostolicae sedis daclarationis oraculum impertiri et adjicere paterna dilectione curemus—Nos igitur, hujusmodi in hac parte supplicationibus inclinati, et facta ex commissione felicis recordationis Martini Papae V. praedecessoris desuper examinationem et ejusdem praecedessoris nostri declarationem attentius perstringentes suisque vestigiis inherentes, ad omne super his ambiguitatis tollendum dubium praefatos contractus licitos jurique conformes, et vendentes eosdem ad ipsorum solutionem censuum et redituum juxta dictorum contractuum tenorem (remoto contradictionis obstaculo) efficaciter teneri auctoritate apostolica praesentium serie declaramus —Nulli ergo hominum liceat hanc paginam nostrae declarationis infringere, vel ei ausu temerario contra ire—Si quis autem hoc attentare praesumpserit, indignationem omnipotenti Dei, et beatorum Petri et Pauli apostolorum ejus se noverit incursurum. Datum Romae apud S. Petrum anno incarnationis Dominicae 1455 pridie nonas maii,

potificatus nostri anno primo — Volentes itaque quod praedictae litterae debitum sortiantur effectum, fraternitati vestrae per apostolica scripta mandamus, quatenus vos, vel duo, aut unus vestrum per vos, vel alium seu alios dictis praeposito, decano, capitulo ac aliis beneficiatis opportunae defensionis praesidio assistentes, dictasque litteras, ubi, quando, et quotiens expedire videritis autoritate nostra solemniter publicantes faciatis et eadem auctoritate per venditores, seu debitores redituum et censuum hujsmodi dictis emptoribus, seu illis quibus ipsorum reddituum et censuum solutio praestanda fuerit, de eisdem censibus et reditibus juxta contractuum et conventionum super his habitorum formam et tenorem, plenam et debitam satisfactionem impendi; contractores vero per censuram ecclesiasticam (appellatione postposita, compescendo: non obstante si aliquibus communiter vel divisim a sede apostolica indultum existat, quod interdici, suspendi, vel excommunicari non possint per litteras apostolicas non facientes plenam et expressam, ac de verbo ad verbum de indulto hujusmodi mentionem — Datum ut supra.

BOLLA DI S. PIO V. DEL 1568.

Quum onus apostolicae servitutis obeuntes cognoverimus innumeros celebratos fuisset et in dies celebrari censuum contractus qui nedum non continentur intra limites a nostris antecessoribus eisdem

contractibus statutos verum etiam (quod deterius est) contrariis omnino pactionibus ; propterea ardentem avaritiae stimulum , legum etiam divinarum manifestum contemptum prae se ferunt animarum prout tenemur salute consulentes ac piarum mensium petitionibus etiam satisfacientes , tam gravi morbo lethiferoque veneno , salutari antidoto mederi curamus.

Hac igitur nostra costitutione statuimus censum seu annuum reditum creari constituive nullo modo posse , nisi in re *immobili* , aut quae *pro immobili* habeatur de sui natura fructifera et quae nominatim certis finibus designata sit.

Rursum , nisi vere *in pecunia numerata* , praesentibus testibus ac notario et in actu celebrationis instrumenti , non autem prius recepto integro justoque pretio.

Solutiones quas vulgo *anticipatas* adpellant fieri aut in pactum deduci prohibemus.

Conventiones directe aut indirecte *obligantes ad casus fortuitos eum qui alias ex natura contractus non tenetur* nullo modo valere volumus ; quemadmodum nec pactum auferens aut restringens facultatem alienandi rem censui suppositam— quia volumus rem ipsam semper et libere , ac sine solutione laudemii seu quinquagesimae aut alterius quantitatis vel rei , tam inter vivos quam in ultima voluntate alienari.

Ubi autem vendenda fit , volumus , dominum census aliis omnibus praeferri , eique denuntiari conditiones quibus vendenda sit , et per mensem expectari.

Pacta continentia morosum censuum debitorem tenere ad interesse lucri cessantis, vel ad cambium, seu certas expensas aut certa salaria, aut ad salaria seu expensas medio juramento creditoris liquidandas, aut rem censui subjectam, sive aliquam ejus partem amittere, aut aliud jus ex eodem contractu sive aliunde adquisitum perdere, aut in aliquam poenam cadere, ex toto irrita sint et nulla.

Immo et censum augeri et novum creari super eadem vel alia re in favorem ejusdem, vel personae per eum snppositae, pro censibus temporis vel praeteriti vel futuri, omnino prohibemus.

Sicut etiam annullamus pacta continentia solutiones onerum ad eum spectare, ad quem alias de jure et ex natura contractus spectarent.

Postremo census omnes in futurum creandos non solum *re in totum* vel *pro parte perempta* aut *infructuosa in totum* vel *pro parte effecta* volumus ad ratam perire, sed etiam posse pro eodem pretio extingui, non obstante longissimi etiam temporis ac immemorabili immo centum et plurium annorum praescriptione, non obstantibus aliquibus pactis directe aut indirecte talem facultatem auferentibus, quibuscumque verbis aut clausulis concepta sit.

Quum vero traditione pretii reditus extinguendus erit, volumus per bimestre ante id denunciare ei cui pretium dandum erit, et post denunciationem intra annum tamen etiam ab invito pretium repeti posse, et ubi pretium nec volens intra annum exigat, volumus nihilominus quandocumque reditum extingui posse, praevia tamen semper denuncia-

tione de qua supra, et non obstantibus his de quibus supra id observari mandamus, etiam quod pluries denunciatum fuisset, nec unquam effectus sequutus fuisset.

Pacta etiam continentia pretium census extra casum praedictum ab invito, aut ob poenam, aut ob aliam caussam repeti posse prohibemus.

Contractusque sub alia forma posthac celebrandos *foeneratitios* judicamus.

Et ita illis propterea, non obstantibus quicquid vel expresse vel tacite contra haec mandata nostra dari, remitti, aut dimitti contingat, a fisco volumus posse vindicari—Hanc autem salutiferam sanctionem nedum in censo noviter creando, verum etiam in creato quocumque tempore alienando, modo post publicationem constitutionis creatus sit, perpetuo et in omnibus servari volumus.

Declarantes pretium semel censui constitutum, nunquam posse ob temporum aut contrahentium qualitatem seu aliud accedens, nec ultimo quoad contrahentes minui vel augeri.

Et legem ipsam ad contractus jam celebratos non extendimus : illos tamen omnes in quos sub alia forma pervenerunt census, hortamur in Domino, ut singulos contractus censurae bonorum religiosorum subiiciant, et animarum saluti consulant—Romae 14 Kalend. febr. 1568.

Nel nostro Regno la bolla di Niccola V. fu senza dubbio ricevuta, ed il Re Alfonso I. di Aragona la inserì nella Prammatica 1. *de censibus* del 20 di ottobre 1451 (*Pragm. ediz. Alph. Var. tom.* 1. *pag.* 390) — La bolla di Pio V. è

però un dubbio se fosse stata o pur no ricevuta in Napoli, poichè in quanto alla Sicilia di là del Faro, il Cardinal de Luca narra « praefatum Siciliae Regnum ultra Pharum expresse et positive illam acceptare renuit, atque ab ejus observantia dispensationem obtinuit a Greg. XIII. (*Card. de Luca de cens. disc.* 32 *n.* 15—*Id. disc.* 1 *n.* 1, 2, 3, 9.)

Le antiche patrie leggi (*const. Friderici* II *usurariorum nequitiam*) punivano con la confiscazione dei beni l'usuraio « ut nullus dare foenori audeat sub magnis usuris vel minimis »—Agli Ebrei soli concedeano il contrattare con usura del dieci per cento l'anno « Judæos excipimus, ut pro decem unciis per circulum anni integri unam ipsis tantummodo lucrari liceat pro usuris—Quidquid autem ultra acceperint, *in nonum* Curiæ nostræ componant ».

Sotto il titolo delle Prammatiche *de usurariis* veggonsi emanate varie sanzioni proibitive dalla epoca di Giovanna Seconda infino a quella di Ferdinando Quarto—(*Pragm. tit.* 243 *tom.* 4 *pag.* 304 *seg. coll. Alphen. Var.*)—Sotto il titolo de *censibus* nella Prammatica V. del 20 aprile 1611 per alleviare i pesi delle Università del Regno e del Regal Patrimonio, leggonsi ridotte alla ragione del *sette per cento* le annue entrate, di cui tali amministrazioni fossero debitrice—e ridotte al *dieci per cento* le così dette *annue entrate vendute in vita*, *o ad estinguere fra certo tempo.*

Nella consuetudine napolitana *viro mortuo* è fissato l'interesse sulle doti al sei e due terzi per cento l'anno « tarenum unum pro qualibet un-

cia auri data in dotem » — (*Rosa ad consuet. viro mortuo* § *heredesque n.* 32, 40.)

Il Sacro Regio Consiglio tenea nel secolo passato quella misura d' interessi, ma per l' antefato giudicava che il *cinque per cento* non potesse per qualunque causa oltrepassarsi—(*v. la decisione* 217 *del Presidente de Franchis e per anal. v. le decis.* 16. 21. 46. 227. 338. 583.)

E due Regali Dispacci animavano questo modo di giudicare, il primo del 14 novembre 1753 diretto al Regente della Vicaria per lo mutuo contratto al dieci per cento dal *Marchese D. Benedetto Cedronio* « Considerando (così dicea) che il detto Marchese non avea forse alla mano i duc. 2000; ed all' incontro che l' interesse *al dieci per cento sia troppo avvantaggioso* secondo lo stato discusso, per sua somma clemenza determina che dentro due mesi si restituisca il capitale; *e che l' interesse s' intenda al solo cinque per cento in tutto il tempo fin dal principio del contratto; sì che il pagato in somma maggiore si calcoli in disconto del capitale* — Di ordine Sovrano partecipo a V. E. questa paterna clementissima determinazione della M. S., acciò disponga che la Vicaria così esegua, ed *in tal maniera si regoli in simili casi* » (*Disp. del* 14 *nov.* 1753.)

Il secondo Dispaccio era così « Inerendo il Re alle suppliche del Tribunale Misto, si è degnato accordare al medesimo la domandata facoltà di potere in tutt' i casi che occorrono *accordare gli stessi rilasci ed abbassamenti* a' debitori de' luoghi pii, i quali soggiacessero ad esorbitanti annualità, con ridurli alla più equa ragione del cinque o

quattro per cento, secondo le particolari circostanze » —(Disp. del 23 gen. 1773 rapportato come il precedente ne' commentarî alla consuetudine sopracitata tom. 2. pag. 50.)

In quanto allo *anatocismo* il codice francese adottato nel 1809 tenea negli articoli 1154, e 1155 disposizioni che furon modificate allorchè le nuove leggi civili furon sancite (v. le differenze tra quegli articoli, e l'art. 1108 delle vigenti leggi).

Un arresto della Cassazione di Francia ritenea che gli arretrati di rendite prediali (*de rente foncière*) potessero produrre interesse senza costituirs' in ciò anatocismo (causa *Craipain* c. *Chaboneau* 30 di aprile 1806 Sirey 6 1 254.)

Un altro arresto indicava che la ordinanza del 1673 proibito avesse lo stipulare *interessi sugl' interessi*, e che le disposizioni di tale ordinanza non fossero state abrogate nè dalla legge del 3 ottobre 1789 nè da quella de' 11 aprile 1793, nè da quella del 5 termidoro anno 4, nè da quella del 15 fruttidoro anno 6 (v. su di ciò Sirey causa *Métais* cotra *Hommet* 4 1 120).

Il codice per lo Regno delle due Sicilie dispone che tutte le rendite scadute, come i fitti, le pigioni, e le rendite perpetue o vitalizie arretrate producano interessi dal giorno della domanda, o della convenzione—e che la stessa regola si osservi per le restituzioni de' frutti e per gl' interessi pagati da un terzo al creditore a discarico del debitore—(v. art. 1108, 1777, e 1779 l. c.)

In quanto alla misura dello interesse convenzionale il provvido nostro governo osservò che

gli usurai cominciavano ad abusare del silenzio della legislazione, per patturire e riscuotere scandalosi interessi a danno di infelici padri di famiglia, in detrimento della proprietà, dell'agricoltura, della industria, del commercio—Emanò quindi una legge a' 7 *di aprile* 1828 come foriera delle norme relative agl' interessi convenzionali nel mutuo—(collez pag. 67 a 71.)

Pubblicata questa legge, il Tribunal civile di Napoli ebbe a decidere in marzo 1830 una gravissima causa nella quale il debitore di *unatocismo* e di *usure smodate* si dolea —Ma fu male accolta la voce di lui.

In grado di appello furon più vivacemente sostenute le difese del debitore.

1. Fu analizzato l'art. 1779 l. c. (1907 c. ab.) e sul progetto da cui in Francia quello articolo nacque fu osservata la discussione di Tronchet, e di Treilhard, e fu rammemorato ciò che il Tribuno Boutteville ne avea detto così « ah! i vampiri che abusano della miseria, dell'infortunio, non rendono palesi le degradanti stipulazioni con le quali preparano la ruina delle loro vittime—essi non si fanno già a reclamare davanti a' Tribunali il pagamento delle scandalose, delle spaventevoli usure che non arrossiscono di permettersi—È all'*ombra*, e lungi dagli occhi del pubblico che essi consumano le loro iniquità, e se ne assicurano i frutti ».

2. Fu rinviato a Pothier (contratto della costituzione di rendita cap. 2. art. 1. n. 27 in not.) ed alle Pandette francesi (sull' art. 1907), ed alla legge 29 de usuris « placuit sive supra statutum

modum quis usuras stipulatus fuerit, sive usurarum usuras; quod illicite adjectum est, pro non adjecto haberi, et licitas peti posse ».

3. Fu rammentata la prammatica 1.ª *de censibus*, e lo stile di giudicare per gl' interessi dal cinque al quattro per cento secondo le circostanze della fertilità de' fondi ipotecati, e dell' abbondanza, e scarsezza del numerario nel luogo del contratto (rinv. a Domat lib. 3. tit. 5. part. 1. sez. 1. §. 20. osserv. di Aloj).

4. Fu rammentato che lo stile di giudicare avesse riconosciuto oggi gl' interessi al 5 negli affari civili, al 6 ne' commerciali.

5. Fu rammentato che la G. C. civile di Napoli in 2. camera con decisione del 1 di febbrajo 1830 nella causa tra *Farinaro* e *Gravante* ragionato avesse sullo spirito dell' art. 1779 l. c. in modo da applicarlo ad un quarto o un terzo di più dell' interesse legale del 5 per cento.

6. A riguardo poi dell' *anatocismo* fu rammentato il testo della legge 28 cod. de usuris, e fu rilevata la circostanza di essersi nelle nuove leggi civili modificato l' articolo 1154 cod. ab. per fare che si ritornasse allo antico divieto.

Un aringo zelantissimo del P. M. fu sostenuto in questa causa dal Giudice Damora che unisce alla felicità d' ingegno la robustezza della eloquenza del foro e la più sana morale — Egli scagliandosi contro la usura e l' anatocismo in questa causa, tutto il suo profondo sapere spiegò.

1. Parlò della Enciclica di Benedetto XIV. del

1745 ricevuta in tutti gli Stati d' Italia come produzione ben degna di quello insigne Pontefice.

2. Analizzò i principj della legge 20 ex quib. caus. inf. irrog. —della legge 26 de cond. ind., della legge 28. cod. de usur. —delle costituzioni, de' capitoli, de' riti, delle prammatiche, de' dispacci —di Guglielmo II.° ricordò la costituzione *statuimus* de usuris—di Federico II.° la costituzione *usurariorum nequitiam* —Rammentò il capitolo *Ludovicus* et *Joanna*—il rito della G. C. *item quia nullus*—le prammatiche 3. 4. 6. sotto il titolo *de usuris*—e soprattutto quella del 1736 dell' immortale Carlo III —alla collezione de' regali dispacci rinviò, e specialmente a quello del 1755 sotto il titolo medesimo dello istesso ottimo Monarca.

3. Indicò l' uso del foro quella decisione della G. C. civ. di Nap. in 2. cam. nella quale gli interessi esorbitanti furon ridotti a giusta ragione, l' *esimio feneratore*, son parole della decisione, *per la imputazione nella sorte cambiò la veste di creditore con quella di debitore*.

La G. C. civile decise a questo modo

« . . . . . sulle conclusioni del P. M. che ha chiesto dichiararsi l'*anatocismo*, e ridursi gl' interessi scandalosi imputandosi l' eccesso sulla sorte. . . . interlocutoriamente . . . . . ordina che il debitore fra un mese formi specifica delle quantità che per causa d'interessi son comprese ne' titoli creditorj, distinguendo le quantità per causa d' interessi, e quelle per ragion d'interessi d'interessi—in seguito di ché, o in difetto, saranno date le analoghe provvidenze —Intanto provvisoriamente ordina che *la*

condanna di ducati 19138. 80 *si esegua per soli ducati* 12000 da cadere per la causa da dichiararsi —(ruolo 1181, 1. cam. della G. C. civ. di Napoli 2 agosto 1830.)

Sulla quistione del se pel silenzio delle l. c. possa invocarsi la l. 28 c. de usuris in casi di *anatocismo*, v. arr. c. s. di giust. di Nap. 26 feb. 1836 causa *Massei*.

Varii arresti pruovano che in Francia siesi ingiunto all' usuraio l' ammenda fino alla metà delle somme prestate ad usure (*Cassazione di Parigi* 12 *nov.* 1819 *Sirey* 20 1 86 —*Id.* 7 *maggio* 1824 *Sirey* 24 1 306)

Un' antica circolare del Gran Giudice scritta il 30 frimajo anno x. disponea che» il Ministero Pubblico non dovesse intervenire nelle controversie che hanno per oggetto usure — che qnesti fatti non dassero apertura ad altro che ad azioni civili competenti alle sole parti interessate » —Ma questa circolare soggiungea così « quando il creditore esiga dal debitore un interesse che ecceda la misura legale, cioè il 5. *per cento* a riguardo delle contrattazioni ordinarie, e del *sei per cento* in materia commerciale; laddove dagli atti medesimi sorga la pruova di ciò, ovvero in qualunque altra maniera autentica il fatto ne sia pruovato, la restituzione della somma eccedente potrà essere in via civile domandata, ed i Tribunali son tenuti di pronunziarla, non riguardandosi in questo caso come una *pena* la giusta riduzione dell' interesse alla misura universalmente riconosciuta e dichiarata, nè riguardandosi come un eccesso di poteri

dalla parte de' Tribunali una repressione di smodata cupidità . . . » (*Sirey* 7 2 1244).

Con la norma di questa circolare varii arresti si pubblicarono, fino a che dallo art. 4. della legge del 3 settembre 1807 non venne definito che *la usura abituale* fosse un delitto, *que le ministere public peut poursuivre d' office . . .* —tout individu qui sera prevenu de se livrer *habituellement* à l'usure sera traduit devant le tribunal correctionnel, et en cas de conviction, condamnè à une amende qui ne pourra excèder les capitaux qu' il aura prêtès à usure ».

Si ha in un arresto del 3 febbrajo 1809 che non avesse la via di polizia correzionale colui che si pretendesse leso per interessi usurarj, ancorchè imputasse al suo creditore di darsi egli abitualmente alla usura (*Sirey* 9 1 206)—Che la usura non dasse luogo a procedimento innanzi i tribunali di repressione e non offerisse i caratteri di un delitto, se non quando fosse *abituale* (22 *novembre* 1811 *due arresti dello stesso dì e contra l' istesso* Geoffroi *Sirey* 12 1 88 — *id* 17 1 24).

Ne' paesi riuniti alla Francia, ne'quali la tassa del danaro era con disposizioni positive regolata (come nel Piemonte ove l' interesse era fissato da un atto Senatorio del 17 aprile 1777), due arresti definirono non aversi potuto stipulare pria del codice civile *l' interesse del prestito al* 2 *per cento mensuale* (*causa Cambiano* 2 *maggio* 1807.—*Torino Sirey* 8 2 89) nè *alla ragione del* 18 *per cento l' anno* (*causa Filippi* 12

gen. 1808 *Sirey* 8. 2. 91.—e v. Sirey 10. 2. 297 —Id. nell'indice del tomo 19 alla parola *interessi*.)

Fu dubitato in Francia del se potesse validamente stipularsi che il venditore sotto patto di ricompra non si servirebbe di questa facoltà, che pagando al comperatore una somma maggiore di quella che costituiva il prezzo della vendita—Fu risoluto che in ciò non si racchiudesse stipulazione usuraria. (*Causa Dupay* 9 *di marzo* 1808.—*Sirey* 8 2 157).

Si dubitò inoltre del se la prescrizione di tre anni stabilita pe' delitti correzionali fosse applicabile come al delitto di *usura abituale*, così del pari a ciascun fatto di usura *particolare* che costituisce il delitto — Fu ritenuta la negativa —Quindi l' ammenda pronunziata contra il colpevole fu definito potersi calcolare, prendendo per base anche le somme prestate antecedentemente a que' tre anni che aveano preceduto al giudizio (causa *Permier* 15 giugno 1821—Cassazione—rigetto—Sirey 21 1 407. id. v. causa *Bedant* 4 agosto 1829 Sirey 21 1 39).

La giurisprudenza francese avea ritenuto che la usura fosse un delitto occulto pruovabile per mezzo di testimonj contro ed oltre al contenuto negli atti (*Cassazione—causa Courbè* 2 *dic.* 1813.—*Sirey* 14 1 30)—senza esser necessaria la inscrizione in falso, *menochè laddove i fatti costitutivi di usura, non fossero in contraddizione espressa con le enunciazioni dell' atto autentico* (v. arresto del 28 giugno 1821 in Sirey 22 1 269 causa *Filippe.*)

In fatto di simulazione la Cassazione di Francia ritenne che i giudici correzionali nel valutare i fatti che caratterizzano il delitto di usura potessero di-

chiarare che l' atto è simulato, che ne' tali effetti di commercio negoziabili si nascondano prestiti usurai, *l' insieme de' quali costituisse il delitto di usura abituale*) 4 agosto 1821 causa Redaud —Sirey 21 1 39.)

È stato poco fà adottato questo principio che i Tribunali correzionali, occupandosi di una querela contra un *usurajo abituale*, non possano ricevere in qualità di parte civile colui che si dolesse *di un fatto solo* di usura —non possano a profitto di costui pronunziare la restituzione d' interessi smodatamente percepiti —(Cassaz. di Parigi udienze de' 3 ed 8 marzo 1838 causa Desmarebæuf.)

N. 496.

Ne usurae ultra duplum

(v. n. 493)

Non rincresca approfondir lo spirito della legge *x. codice de usuris*, confrontandola con le Novelle di Giustiniano, se vogliasi ben distinguere e legalmente applicare l' aforismo *ne usurae ultra sortem*.

È per esempio quistione di un debito di *mille* fruttifero al *cinque per cento*, di antichissima data—veggonsi pagati già in dieci anni *cinquecento* a titolo di usure—sorvivon tuttora *arretrati di quindici anni*, ossia vedesi un debito accumulato di *settecento cinquanta*—Applicando la massima *ne usurae ultra sortem*, si direbbe che de' *settecento cinquanta* soli cinquecento

possan essere dovuti, attesochè già altri cinquecento erano stati corrisposti, che sommerebbero *mille*, somma uguale alla somma del debito principale?

Distingui — secondo la legge dello Imperatore Antonio, i primi cinquecento soddisfatti non vanno più calcolati — I *settecento cinquanta* messi in arretrato, *tutti* son dovuti; poichè è di *essi soli* che va paragonata la somma al confronto del debito principale — e poichè quello è di *mille*, questi son *settecento cinquanta* — « *Usurae per tempora solutae non proficiunt reo ad dupli computationem: tunc enim ultra sortis summam usurae non exiguntur, quoties* TEMPORE SOLUTIONIS *summa usurarum excedit eam computationem* » (l. 10. c. de usur.)

Secondo le leggi dell'Imperator Giustiniano questo metodo non correrebbe — Sta in due Novelle che le usure *tutte*, anche quelle le quali di anno in anno, in diverse epoche si trovassero pagate, tutte formassero parte di coacervo, e non potesse oltrepassarsi mai di tanto il cumulo delle usure da sormontare un altrettanto della sorte — La prima di quelle due Novelle porta per titolo: *Ut particulares usurarum solutiones in duplum non computentur* (*Novell.* 121) — La seconda porta per titolo: *De usuris ultra duplum non computandis* (*Novell.* 138).

Ma queste teoriche sono scritte pe' contratti di *censo bollarè*? — son forsi applicabili ad essi? — No — L'Imperatore nella prima di quelle due Novelle, alla quale la seconda non è che rimessiva, avea definito nella specie di un *mutuo*: « *Demetrius Artemidoro per causam* mutui *quingentes aureos*

debuerit» — Quindi in una terza, ch'è l'ultima Novella sulla materia, a lui si presentò il caso, non di un *mutuo*, ma di un di que' contratti, che i Romani chiamavano *pactum ut donec usurae solvantur, sors non petatur*: di quegli impieghi del danajo, che Ulpiano nel *lib. sing. de Off. Curatoris rei publ.*, ci addita esser di *capitale irrepetibile — Si bene collocatae sunt pecuniae publicae*, in sortem *inquietari debitores non debent*; *et maxime si parient usuras* — La Città di Afrodisio avendo riunite talune somme legate ad essa da diversi, avea fatto impiego di queste somme con un tale così, che il capitale rimanesse a tempo indefinito: che un tanto l'anno si pagasse come rendita, come frutto, come interesse, da spendersi in bagni pubblici, in opere pubbliche: *ut quamdiu id auri apud ipsum resideret, tamdiu qui suscepisset quoquo anno pro eo civitati dependeret* (*sive quis id pactum, sive redditum, sive etiam usuram appellare velit*) *quantum ferre Civitatem aequum esset* — Or avvenne che gli eredi del debitore pagato avendo per molto tempo le annualità, pensarono di dir *estinto ogni ulteriore debito*, ed invocarono la regola *ne usurae ultra deplum*; dal che i bagni pubblici rimasero senza attività calefaciente, e le opere pubbliche vennero ritardate — Giustiniano fuor di equivoci dichiarò che questa regola fosse scritta per *lo mutuo*, non per l'annua rendita — *Illam etenim de creditoribus conscripsimus, et qui in ea comprehenduntur casibus — Praesens vero species illam non attingit*: *si quidem hoc magis* ANNUO REDITUI, *quam usu-*

rarum praestationi simile videtur (*Novell.* 160).

Il Gotofredo opportunamente annota così — *Annui reditus, et usurarum subtilem differentiam observa* (*in nota ad hanc novel. n.* 11.)

Ed in ciò osserva Cujacio « . . . . lex decima *c. de usur. quae abrogatur illis novellis . . . etc.* ».

Anton Perezio magistralmente scrisse così: *Sane non parvum est discrimen inter usuras, et annuos reditus. Illae enim odiosae sunt, et jure Divino, ac Canonico prohibitae, contra vero annui reditus omni jure sunt approbati, usu recepti, ac novissimis Sommorum Pontificum decretis declarati a vitio usurario alieni c.* 1 *et* 2 *X. de empt. et vend. in extravag. comm. cum habeat speciem emptionis et venditionis: nam sors quae datur, est pretium: jus vero reditus quotannis, accipiendi est merx, seu res, quae emitur: quod diversum est in mutuo et usura; quoniam illud contrahitur ut pecunia quae data est reddatur reposcenti; haec vero est sortis, seu pecuniae mutuatae accessio, quae propter usum ejus praestatur creditori: unde cum in contractu reditus nulla fiat accessio ad sortem, sed ipsa sors; hoc est* RES EMPTA *percipiatur, ideo est approbatus: etenim sors ipsa numquam repeti potest: alienatur omnino, sicut in venditione cujusque alterius rei. Is qui accepit rem aliquam, et pretium dedit, non potest rem repetere. Ergo quam emitur annuus reditus, et datur pecunia tamquam pretium ejus, sors illa nunquam repetitur.* (*Perez. Praelect. lib.* 4 *tit.* 32 *n.* 18)—Riterremo perciò sulla intelligenza dell' aforismo « ne usurae ultra sortem » queste parole del Perezio (loco

citato) *Indistincte usurarum solutiones, quae fiunt per partes, diversis temporibus coacervari, et in duplum computari*— (rinv. alle novelle 121 e 138) *Excipit tamen annuos reditus, qui duplum sortis excedere possunt* (Novel. 160).

Il foro della Francia non adottava i principj delle antiche Romane leggi per le quali gl'interessi oltrepassar non poteano il capitale—Un arresto della Cassazione ritenne che ben si fossero aggiudicati al creditore *tutti gl' interessi* a lui dovuti, comechè il cumulo di questi interessi elevato si fosse *al di sopra del capitale*—(causa *Pajoulx* 6 messidoro anno 13 —Sirey 5 2 687.)

N.° 497.

Usure—Frutto dotale—Remissione—Lungo tempo—Legge Procula

(v. n. 495 e 496)

Nella legge 17 *de usuris* era sancito così « parum juste praeteritas usuras petis, *quas amisisse te longi temporis intervallum indicat*, qui eas a debitore tuo, ut gratior apud eum videlicet esses, petendas non putasti ».

Una donna rimasta vedova non parlò del ricuperamento de' suoi diritti vedovili: non *de' frutti dotali*: non dell' *antefato* che il cognato doveale — Ciò per non diminuire verso le figliuole sue l'affetto dello zio paterno di esse, col quale convivea.

Quegli morì, e lungo *attrasso di frutto dotale* la vedova contro gli eredi di lui si fece a domandare.—Di *remissione* allora gli eredi opposero la eccezione, invocando non solo la legge Procula 26 *de prob.* ma eziandio la legge 17 *de usuris* —vinsero in prima istanza.

Appello—La G. C. civile degli Abruzzi lo accolse, ragionando così

considerò la G. C. che lo scopo della legge 17 *de usuris* era di punire l'avidità degli usurai, a reprimere la quale furono sempre intenti i Romani legislatori; avvegnachè quantunque le usure fossero permesse, erano però detestate dalla pubblica morale, onde Giustiniano nelle novelle 121, e 138 prescrisse *doversi intendere rimesse le usure, allorchè oltrepassavano la sorte; non così però ne' debitori di annue rendite, agli arretrati delle quali si era tenuto, ancorchè il capitale sorpassato avessero.* (*Novella* 160.)

Ritenne la G. C. che la citata legge 17 *non fosse applicabile a' contratti di annue rendite, come rilevasi dalla menzionata novella* 160, e come era stato deciso dalla stessa G. C. civile a 22 luglio 1818 nella causa tra Cardone, e Simone—Quindi con miglior fondamento disse la G. C. *deve detta legge dirsi inapplicabile agli interessi delle doti.*

Osservò la G. C. che gl' *interessi dotali* sono dalle leggi, e dagli interpetri considerati *come frutti della dote*, ed in *conseguenza come parte della dote stessa* (rinv. alle l. 6 *si ante nuptias* nel tit. solut. matrim., l. 38 § 12 *de usuris*, a Cujac. tom. 9 in tit. 13 *de rei uxor. act.*, a Fontanella *de pactis*

nuptial. clausola 61.)— Quindi conchiuse la G. C. i cennati frutti dotali *non debbono*, *nè possono riputarsi rimessi agli eredi del marito*, sol perchè la vedova non gli abbia chiesti per *lungo tempo*, affine di non disgustare gli eredi medesimi co' quali era obbligata di convivere.

In quanto all'applicabilità della l. 26 Procula *de probat.*, la G. C. disse parimenti esser inapplicabile al caso, poichè ostava alla appellante il fatto, mentre a malgrado la pruova compilata dalli convenuti, non riuscì loro dimostrare lo spesso conteggio; ed al certo non era su che conteggiare, quando la vedova riceveva puntualmente in casa degli eredi del fu suo marito, il vitto, vestito, e trattamento analogo alla sua condizione, ed annua sopravvivenza, gli uni e l'altra lasciatile per convenzione matrimoniale, e per testamento — Quì la G. C. soggiunse — « *Non può in effetti supporsi conteggio spesso e reiterato ove manchino i negozj*, *e gli affari di commercio*, *ed ove non esiste un oggetto che richiegga conti reciproci*, *e spessi* ».

In quanto alla *ragione* alla quale dovessero misurarsi gl' interessi dotali, e dell'antefato, dubitavasi del se la misura, alla quale il dotante e lo sposo avean determinato gl'interessi delle residuali doti a conseguire, fosse analoga al diritto.

La G. C. ritenne che « *lo sposo*, *qual padrone de' frutti dotali*, *poteva fissare gl'interessi medesimi ad una tassa molto minore di quella voluta dalla legge*, *e rimetterli anche per intero al donante*, giacchè ciascuno est suae rei moderator et arbiteri; ma non poteva questa sua generosità *ledere i di-*

ritti della moglie verso i di lui eredi, quali diritti non debbono nè possono seguire altra regola che quella stabilita dalla legge—*Per la giurisprudenza ricevuta nel nostro Regno gl'interessi legali vengono comunemente fissati al cinque per cento* » — (Decisione della G. C. civ. degli Abruzzi 28 settembre 1818 nella causa tra Crispi, e Castiglione, rapportata da Catalani an. 1818 pag. 292 alla parola *interessi*).

N.° 498.

Giudicato Usure-Interessi moratorî - Condanna

(v. n. 495, 496, 497.)

L'Imperatore Antonino avea sancito « is qui bona secundum dictam sententiam prosequitur, eas quoque rationes habiturus est, ut qui *post legitimum tempus* placitis non obtemperavit, usuram centesimam temporis quod postea fluxerit, solvat (*l.* 1. *c. de usur. rei judic.* 7. 54.) —E Giustiniano avea spiegato quel *legitimum tempus* nel significato di *quattro mesi* numerandi dal giorno della condanna—Questa regola tenea per eccezione il caso in cui si fosse interposto gravame dalla condanna — I quattro mesi, Giustiniano dispose, decorrebbero dal giorno in cui la condanna fosse stata confermata (*v. l.* 2. *c. eod.* — *v. l.* 64 *in fin. de re judicata* — *l.* 24 *de appellat.* — *l.* 41

de usuris— *Fabr. cod. lib.* 7 *tit.* 18 *def.* 75.)

Mentre siffatte leggi erano in vigore due correi solidalmente aveano promesso di pagare una determinata somma, e ne aveano sottoscritto obbligo *penes acta*— In quest'obbligo non aveano pattuito *interessi*— La scadenza del debito venne; i due debitori non pagarono — Era il 1805 quando il creditore contra l' un de' due si rivolse, incusò l' obbligo *penes acta* contro di lui solo, ed ottenne le lettere esecutoriali per quella sorte promessa e non pagata — D' interessi non parlavasi in tali lettere esecutoriali del 1805.

Molti anni decorsero— nel 1833 il creditore, che abbandonato avea per sì lungo tempo le sue azioni contra il primo correo, si rivolse contra gli eredi del secondo — gli citò a pagare non meno la sorte che *gl' interessi.*

Dopo sentenza del Tribunale civile, e decisione della G. C. fu interposto ricorso alla suprema Corte di giustizia di Napoli, e là venne a disamina la quistione del se, interposta nel 1805 la condanna per le sorte contra un de' due debitori solidali, correr dovessero contra l'altro gl'interessi come *usure di somma dovuta per effetto di cosa giudicata.*

Per l'affermativa la G. C. civile avea deciso, intrattenendosi sulle leggi 1 e 2 del codice Giustinianeo *de usuris rei judicatae*; osservando che sotto lo impero di quelle leggi l' esecutoriali del 1805 si erano spedite — E la G. C. avea dalla legge 5 *c. de duob. reis promitt.* tratto il principio di doversi la condanna del 1805 intender operativa di interessi non meno contra quel correo che risenti-

to avea la spedizione dell' esecutoriali, che eziandio contra l' altro correo, per effetto della insolidità pattuita.

La suprema Corte, distinguendo gl' interessi legali *ex mora* dagli interessi contrattuali *ex pacto*, osservò che nell' obbligo *penes acta* quel correo che ora veniva ricercato *d' interessi*, non ne avea pattuito per ombra — Nè gli obblighi *penes acta* silenziosi in materia d' interessi convenzionali ne avrebbero prodotto di per se stessi — Nè v' era analogìa a trarre dalla condanna che l' altro correo avea risentito, perchè *ex mora* quel primo veramente ne dovea, stante la notificazione a lui fatta, ma la notificazione tenne in mora quel primo correo, lui solo non l' altro — Quindi il primo, *dal dì della dimanda*, dovea gl' interessi *ex mora* — il secondo non così.

Analizzò la suprema Corte le disposizioni della *l. 1. c. de. usur. rei judic.*, e disse non pertinente quella legge al caso — colui al quale la G. C. applicato ne avea i dettami avea firmato l'obbligo *penes acta*, ma non avea risentito nel 1805 *la condanna* — Analizzò le disposizioni della l. ult. c. de duob. reis, e disse che il testo di quella legge si applica al caso d' *intendersi interrotta la prescrizione quando è stato notificato un fra più correi del dovere*.

La parole invero di cosiffatta legge racchiudon le frasi « *per alios modos quos in anterioribus sanctionibus interruptionis invenimus positos* — (idea di atti interrompenti la prescrizione) . . . . . *et quasi tempore emenso exactionem recusare* » (idea

di prescrizione per decorso tempo nell' abbandono di un diritto)— Quindi Giustiniano, dopo aver espresso « *quibusdam ex debitoribus debitum agnoscentibus*, *vel in judicio pulsatis*, *deberent et alii ab omni contradictione repelli* »— soggiunge « in omnibus casibus quos noster sermo complexus est, aliorum devotinem, vel agnitionem *aliis debitoribus praejudicare*, *et aliis prodesse creditoribus* . . cum ex una stirpe, unoque fonte unus effluxit contractus, vel debiti causa ex eadem actione apparuit ». (*l.* 5. *c. de duob. reis* 8 40)

Quindi opportunamente la C. s. disse « o si consideri nella sua letterale disposizione, e la medesima ne indica la interruzione di prescrizione per la intimazione ad un de' correi del dovere ; o si voglia virtualmente esaminare, ed ognuno rileva *il* solo favore che concedè di non far perder il diritto per lo accaduto decorso col prescrivere, ma non già d' *indurre una obbligazione* che per la sola domanda *gl' interessi* potessero conseguirsi » —Rammentò che una massima « della romana giurisprudenza per la citata legge prevaleva ad *conservandam*, *sed non ad augendam obbligationem* » — Rinviò alla legge 32 *de usuris* — disse che gli articoli 1107 e 1160 l. c. non sarebbero applicabili al caso, poichè se oggi la domanda d' interessi contra un debitore solidale può esser valevole contro gli altri eziandio, ciò non può riferirsi a debito contratto e ad interessi decorsi mentre le antiche leggi imperavano—*Annullò* —suprema Corte di giustizia di Napoli 11 novembre 1837 causa *Lupinacci*.

N.° 499.

Censo bullare—Diritto reale—Terzo possessore—Credito—Dominio

(v. n. 362 , 427 , 304 , e 249.)

Una sentenza in grado di appello resa dal Tribunale civile di Terra di Lavoro ha risoluto in causa di lievissima somma una gravissima quistione —Noi antivediamo gravi conseguenze che potrebbero desumersi ue' giudizî di graduatoria dallo invocarne i principî —Abbiam soffermato l' attenzione su di essi, ma sappiano che va a proporsi contro tale sentenza il *ricorso* alla Corte suprema —Daremo a suo luogo notizia di ciò che la Corte suprema ne dirà—Per ora ecco i termini della quistione risoluta.

« Il censo consegnativo è, o pur nò un peso reale che accompagna il fondo , i cui frutti si son venduti nelle mani de' terzi acquireati ?

« Considerando che il censo consegnativo non è già come tortamente opinava Salmasio, e Molineo un contratto d' imprestito ad interesse ascoso sotto diverso vocabolo, ma fu sibbene definito *jus percipiendi reditus ex re aliena immobili frugifera per emptionem et venditionem costitutum.*

« Considerando che essendo i frutti una parte del fondo (*l.* 44 *digestis de rei vindicatione*) il diritto alla percezione di essi costituisce un vero smembramente della proprietà , e quindi un peso ine-

rente alla cosa donde essi vengono raccolti, a differenza della usura, la quale non *ex ipso corpore, sed ex alia causa est, id est nova obligatione...* »

« Considerando che vien questa idea maggiormente chiarita dal nome stesso di censo che vuol dinotare appunto un tributo imposto su' predî (*v. tit. cod. et dig. de censibus*).

« Che dove poi si volga lo sguardo alle costituzioni di Martino V e di Calisto III, date fuori in sulla metà del decimoquinto secolo, si ha chiaramente che il censo consegnativo invalso già nella Germania e nell' Allemagna, non era che una vendita di frutti *super bonis*, *domibus*, *agris*, *prædiis*, *possessionibus*, *et hæreditatibus*, il che dinota un peso *infisso* sulla cosa immobile (*Extravag. de emptione*, *et venditione*).

« Che questa verità medesima riluce nella bolla di Niccola Quinto, e nella Prammatica di Alfonso di Aragona, nella quale al proprietario del censo *si dà l' azione contra i terzi possessori* del fondo i cui frutti eransi venduti a titolo di censo bollare (*Pragm. de censibus*).

« Che tanto è lungi potersi riguardar come personale la soddisfazione di tal censo, che l'enunciata bolla di Niccola Quinto *divietò di costituirsi sulla persona*, ed è tanto vero che desso sia un peso reale, che Pio V con sua bolla del 1568, non meno che Martino V. e Callisto III nelle succitate loro costituzioni, statuirono *estinguersi affatto il censo consegnativo col deperimento della cosa*, *cui era infisso*: ed il foro, ed i dottori tennero fermo il principio « non solo che *si estingua del pari*

cotesto censo, *divenendo infruttifero il fondo sul quale gravita*, ma ancora che *si scemi*, *ove il reddito del fondo medesimo non bastasse al pagamento di esso* » — e fu ritenuto in tali contratti dovers' individuare il fondo, ovvero i fondi, su cui si costituiva, e dovere per la validità de' contratti medesimi esser quelli di pertinenza di colui che li sottoponeva a tal peso (*Cencius de censibus — Gratianus cap.* 654 — *Fimianus controv. Jur.*)

« Considerando quindi che, messe insieme coteste caratteristiche del censo in disamina, non può dubitarsi di *costituir esso un peso reale*, *anzichè personale*, *e tale che accompagna la cosa nelle mani di chiunque ella si ritrovi*, *cui is fundas obvenerit praestationis totius reditus obstringitur* . . . . , e che si estingue con la estinzione della medesima, a differenza della obbligazione personale, la quale *re perempta non tollitur* — (*l. incendium c. si certum petatur* — *l.* 28 *d. eodem.*)

« Che in fine, quantunque da tale idea dissentissero taluni autori, fu riputata nondimeno comune la opinione di essere cotesto censo un peso reale; *onus ipsius rei*, eique infixum reputari soleat ex vulgi, et plurium scribentium opinione (*Cencius*, *de Luca*) ec.

Questa sentenza è resa nella causa *Caviglia* e *de Lucia* 1. dicembre 1837 Trib. civ. di Terra di Lavoro (ruolo 39298).

N.° 500.

Servitù discontinua-Passaggio-Via pubblica-Via vicinale-Sentiero-Strada-Carri-Gregge-Possessorio-Competenza-Giudice Regio

(v. n.° 33, 34, 478, 485, 167, 134, 451, e 302)

Ulpiano nella legge 2 ne quid in loco publico fiat, dopo le parole dello editto « ne quid in loco pubblico facias, inve eum locum immittas... in via publica, itinere publico facere, immittere quid quo ea via idve iter deterius sit fiat veto » dava la definizione della *via pubblica* « eam dicimus, cujus etiam solum publicum est: non enim sicuti in privata via, ita et in publica accipimus—Viae privatae solum alienum est—Jus tantum eundi et agendi nobis competit—Viae autem publicae solum publicum est, relictum ad directum certis finibus latitudinis ab eo qui jus publicandi habuit, ut ea publice iretur commearetur ».

Dopo ciò Ulpiano facea la disinzione tra le vie *pubbliche*, le *vicinali*, e le *private*.

Eran vie *publiche*, presso i Greci *basilicae*, idest *Regiae*, presso i Romani *Pretorie* ovvero *Consolari*.

Private anche dette *agrarie* quelle che a dire di Gotofredo « e quibus ex via publica divertetur in

villas aut colonias (*Goth. in not. ad l.* 2 *ne quid in loc. pub.* 43 8.)

Vicinali quelle quae in vicis sunt, vel quae in vicos ducunt.

Osservava Ulpiano di queste *vicinali* « has quoque publicas esse quidam dicunt : quod ita verum est, *si non ex collatione privatorum hoc iter constitutum est*: aliter atque si ex collatione privatorum reficiatur —nam si ex collatione privatorum reficiatur, *non utique privata est* : refectio enim idcirco de communi fit, quia usum, utilitatemque communem habet » (*l.* 2 §. 22 *ne quid in loc. pub.* 43 8.)

Delle *private* il giureconsulto dava la seguente distinzione in due classi—La prima classe comprendea quelle « quae sunt in agris, quibus imposita est servitus, ut ad agrum alterius ducant»—La seconda quelle quae ad agros ducunt, per quas *omnibus permeare liceat*, in quas exitur de via consulari—et sic post illam excipit via, vel iter, vel actus ad villam ducens; has ergo quae post consularem excipiunt in villas, vel in alias colonias ducentes, putem etiam ipsas *publicas esse* » (*cit. l.* 2 § 23)

Altrove delle *vicinali* l' istesso giureconsulto parlando, avea detto che quando avessero tale caratteristica « quae ex agris privatorum collatis factae sunt, *quarum memoria non extat*, *publicarum viarum numero sunt* — sed inter eas et caeteras vias *militares* hoc interest, quod viae militares exitum ad mare, aut in urbes, aut in flumina publica, aut ad aliam viam militarem habent: harum autem

vicinalium viarum dissimilis conditio est; nam pars earum in militares vias exitum habent, pars sine ullo exitu moriuntur (*l.* 3 *de locis et itinerib. publ.* 43, 7)

Giacomo Cujacio (*de servitut. praed. rust. tom.* 7 *pag.* 451 *let. D.*) comentando queste leggi scrisse così « Ut intelligatur haec lex sciendum est quatuor esse viarum genera — est via *publica*, *vicinalis*, *agraria* (et haec tria genera sunt *publicarum* viarum) — est etiam via *privata*, et haec privata est servitus viae.

Via publica est ea quae dicitur *militaris*, et *praetoria*, et *consularis*.

Vicinales viae sunt quae ducunt in vicos—eas etiam dicunt publicas quia universo populo iter praestant. Et haec consumantur usque ad aliam viam publicam, vel sine exitu intermoriuntur.

Via agraria, quae etiam publica dicitur ratione praedicta, et haec a via publica dirigitur in villas, et colonias.

Postremo est *via privata*, et haec est servitus, et non praebet ire omnibus, sed ei cui concessa est; et consumatur vel usque ad civitatem, vel usque ad alium praedium proprium domini.

V. Pothier al detto titolo ne quid in loco publico art. 2 § 1 n. 14— Voet lib. 43 tit. 8 de loco et itin. public.— Caepolla de servit. viae cap. 3 n. 18 —l. 3 de loco et itinere publ.

Nelle vigenti leggi le strade *vicinali* son altramente dette *sentieri*, e se ne dà la definizione così che per esse s'intendano quelle sole le quali *sieno stabilite per lo commodo e per l' accesso tra due o*

più fondi vicini (*l. sul cont. amm.* 21 *marzo* 1817 *art.* 6.) —È quivi sancito per modo di regola che tutte le controversie le quali insorgano per materia di strade, o che riguardano occupazione della loro area, o riparazioni di danni là cagionati, o l' obbligo di mantenerle, appartenga al *contenzioso amministrativo* — Per modo di eccezione va al potere giudiziario la quistione se si tratti di *sentiero*, di strada *vicinale* nel senso testè indicato—(*art.* 6 e 7 *cit. l.* 21 *marzo*)

Il possessore di un fondo querelavasi da che il vicino facesse transitare le pecore su di una via rotabile dividente le due proprietà—Il giudice Regio era invocato in possessorio, ed a' 12 aprile 1836 rivocando una sua ordinanza, con cui aveva inibito, egli ordinava che fosse lecito alla convenuta passare con quegli armenti.

Appello—Il Tribunale rivocava questa sentenza, e rimettea le parti a sperimentar loro ragioni in petitorio; confermava intanto la inibizione data prima con la ordinanza—Un ricorso per annullamento riproducea la disamina alla Corte suprema.

Fra' motivi dal Tribunale adottati leggeasi così

» che sia principio conosciuto di non potervi essere servitù *discontinua* senza titolo; e perciò *non può esservi giudizio possessorio allor quando quello che allega siffatta servitù non abbia titolo che l'appoggi* »

» che la competenza de' Regj giudici in materia di servirtù si limita a verificare *non il dritto*, ma il *corso del possesso legittimo*, ed *il tempo dell'azione intentata* »

» che perciò le istanze relative alle servitù discontinue, ove manca il titolo, *non sono della competenza* del Giudice luogale, e non si appartengono al giudizio possessoriale »

» che non si può dal possesso far derivare un mezzo suppletorio al titolo »

» che con poco accorgimento abbia il Regio Giudice ordinato e proceduto nella contestazione in esame

» che non è data alle parti di attribuire a' magistrati una giuridizione non accordata dalla legge

La Corte suprema disse così

» Considerando *che non più si dubita di non ammettersi giudizio possessorio, ove si disputi di servitù discontinua senza titolo, e ciò per le disposizioni dello art.* 612 *l. c.*

» che, vera la teorica, essa non sia applicabile al caso—Imperciocchè l'attore nel giudizio possessorio non disse già *che intendea di proibire alla rea sua vicina di passare col gregge pel fondo di lui*, la qual cosa importava di vietar l'uso di una servitù discontinua giusta l'art. 609 leg. civ. ma disse proibire il passaggio per *un limite rotabile che intersecava i due fondi*—quindi sorgea la quistione se il limite rotabile era *pubblico*, se era una via *vicinale*, se avea la convennta il diritto di passare col carro, con l'armento, col gregge, cose tutte ben diverse dalle conseguenze di una *servitù di passaggio sul fondo dello attore*.

Osservò la suprema Corte ehe l'attore non negava alla convenuta che avesse diritto essa di far passare anche i carri —opponeasi a ciò che facesse colei passare il *gregge*, e motivava di doversi evi-

tare il *danno* che gli animali passando recherebbero al fondo dello attore — Per la qual cosa la materia sottoposta a disamina non più presentava una quistione di *servitù discontinua*, sibbene una quistione tendente a definire la *qualità* del passaggio, se fosse *itineris*, se fosse *actus*, se fosse *viae*, se comprendesse o no il passare col gregge su quella strada — Quindi ritenne fuori sede applicato l'art. 612 *l. c.* — Annullò — causa *Giannino*, *Guldo*, *Verducj*, e *Fiore*, 2 dicembre 1837.

N.º 501.

Moglie - Marito - Separazione di fatto - Lontananza dal domicilio maritale - Malattia - Causa necessaria - Alimenti - Corredo.

Il marito per motivo di salute allontanando la moglie da Napoli suo domicilio, inviata l'avea nel seno della famiglia di lei — A consiglio de' medici colei si recò nella Capitale — Priva de' mezzi di sussistenza chiese innanzi al Tribunale del domicilio del marito la condanna di costui ad un sussidio alimentario per vivere e curarsi, più la consegna degli oggetti di abbigliamento donnesco — Il Tribunale credè che fuori della sede di un giudizio di separazione personale non potesse la moglie domandar alimenti, ed a sostenere questa teorica si posero in

disamina gli art. 218, 231, leggi civili, e 953, e 956 procedura civile, i quali parlando della separazione personale, indicano le cause, ed il modo da chiederla, e provvedono per la dimora e per la sussistenza del conjuge che domanda la separazione.

Si dedusse che è della morale e dell' interesse pubblico sostenere l'armonia nelle famiglie e la unione conjugale — Fu rigettata la dimanda — La moglie appellò — La G. Corte civile di Napoli in 3. camera, a' 14 novembre 1828 (ruolo n. 3168) su questo reclamo pronunziò così — « È dovuto, o no alla Sig. N. N. assegnamento dal marito onde poter provvedere a' bisogni della di lei salute? — Le son dovuti gli oggetti muliebri che le appartengono?

Sulla 1. « attesochè la Sig. N. N. dopo essere stata molto tempo nel tempio di S. Paolo per causa di salute, come ha fatto costare dal certificato di cinque primarj professori di medicina, e chirurgia, fu nella necessità di uscire perchè le di lei infelici circonstanze non somministrarono i mezzi al suo mantenimento in quel luogo »

« attesochè la indifferenza del marito per molto tempo in dimandare la moglie presso di se fa presumere il suo consenso perchè la moglie medesima si fosse recata nella Capitale a prender cura della di lei salute, e per situarsi nell' anzidetto luogo di sicurezza, da custodire l' onestà delle donne »

« che è un obbligo del marito di somministrare alla moglie tuttociò che l' è necessario a' bisogni della vita in proporzione delle sue sostanze e del suo stato, art. 203. leg. civ. »

« che da quest' obbligo sorge che la legge quando

costringe la moglie a seguire il marito, non la vuole vittima del capriccio maritale con dover sagrificare la vita ove fosse in pericolo presso il domicilio del marito e che per conseguenza sia egli tenuto a prestarle un assegnamento alimentario per provvedere a'di lei bisogni in altro luogo più conducente per la di lei salute—e su questo principio la Corte di Bruxelles con arresto de'12 gennajo 1808 fissò la massima legale, che quando vi sono de'sufficienti motivi perchè la moglie non istia nel domicilio maritale, come è quello della salute, è tenuto il marito di passarle una prestazione annuale, e quando giungesse a convincerla di errore, non può costringerla a dover coabitare con lui, se pria non le paghi gli assegnamenti arretrati (*Sirey* 8 1 145, *e* 8. 2 199)

» che è giusto che alla Signora N. N. si dia tutto il corredo donnesco di sua pertinenza da lei precisato coll'atto introduttivo del giudizio, comechè necessario all'uso della vita — che la contumacia del marito fa presumere che siasi acquetato alla giustizia della dimanda di sua moglie

» che trattandosi di alimenti l'affare è di estrema urgenza, avvegnachè la privazione degli alimenti mena alla morte, e quindi è il caso preveduto dall'art. 249 l. c.

In contumacia del patrocinatore del marito annullò la sentenza appellata, e facendo quel che far dovevano i primi giudici condannò il marito a pagare in beneficio della moglie un assegnamento mensile dal giorno della domanda, da continuarlo fino a che dimostrato avrebbe che per la seguita guarigione potesse la stessa tornar alla casa conjugale —

lo condannò altresì a consegnarle tutti gli arredi donneschi, ed al pagamento di duc. 100 per togliere i debiti contratti, salve le provvidenze per maggiori quantità — aggiunse dippiù la clausola provvisionale non ostante opposizione per la sola parte della sovvenzione alimentaria.

Una opposizione fu dal marito interposta, ma fu respinta perchè tardivamente avvanzata

Ricorso- La suprema Corte di giustizia scrisse così

» che neanche abbia sussistenza il sesto mezzo che si ritrae dalla violazione dell'art. 956 n. 2. ll. di proc., perchè non è il caso che la moglie abbia agito contro del marito in linea di separazione—essa ha dimandato di essere alimentata dal marito durante il tempo della sua dimora in Napoli a causa di salute—che se egli è vero da una banda che tra i doveri che ha il marito verso la moglie siavi principalm.nte quello d'interessarsi della salute di lei, e di apprestarle tutti gli opportuni soccorsi, non è men vero dall'altra, che non abbia diritto a tal riguardo la moglie di attendere alla sua cura, fuori della casa conjugale perchè espressamente lo vieta l'art. 203 l. c. che l'obbliga a coabitar col marito, ed a seguirlo ovunque egli creda opportuno stabilire la sua residenza

» che per recedere in caso d'infermità della moglie dalla regola generale, e stabilire un caso di eccezione, dovrebbero avverarsi delle imperiose e straordinarie circostanze di fatto che la leggè non ha potuto prevedere

» che convinta l'istessa gran Corte civile di questa verità, sia ricorsa a delle induzioni per ritenere

come connivente il marito alla dimora della moglie in Napoli, che ha tratto dalla sua indifferenza a non richiamarla presso di se

» che questo elemento di fatto, sul quale si è convinta, non sorga nè punto nè poco dalle narrative ; onde è che deve dirsi di non aver giudicato *secundum allegata, et probata*

» che ammessa in tal guisa la moglie ad essere lontana dal marito senza una giusta causa, o senza che siasi pruovata, come ancora con essersi obbligato il marito ad alimentare la moglie fuori della casa conjugale, si siano per conseguenza violati ancora gli art. 218, 219, 221, 230, 231 leggi civili.

Annullò, e rinviò ad altra camera l'esame (28 agosto 1830.)

Il rinvio spettò alla 1. camera della gran Corte civile di Napoli—Là si sforzò la moglie a dimostrare che per regola generale il conjuge deve alimentare l'altro conjuge, e che questo dovere non è affatto subordinato a quello della coabitazione, lo è sibbene al solo fatto del seguito matrimonio —che l'allontanamento *per necessità* dal luogo ove dimora il marito, non importa allontanamento di diritto dalla casa maritale, se conservata sia l'armonia nell'animo de'conjugi — che gli art. 218 219, 221, 230, 231 leg. civ. riflettono un caso particolare che non distrugge la regola generale di dover sempre, ed in tutti i casi, il conjuge alimentare il suo consorte bisognoso — Si sforzò in ultimo a dimostrare che essa era obbligata per cagione di salute a stare in Napoli, così lontana dal marito.

La gran Corte civile con decisione del 12 di agosto 1831 elevò la quistione se, essendosi allontanata *di fatto* la moglie dalla casa maritale, possa competerle di diritto una prestazione alimentaria, mentre il marito fa istanza per costringerla ad abitar con lui, ed essa si denega, senza che avesse promossa l'azione di separazione personale, e se in grado di rinvio possono accogliersi le nuove dimande della stessa, fra le quali quella dell'asserta malattia, per essere dispensata dal coabitare nella casa maritale — E considerando

1. che gli art. 218, 219, 220 leg. civ. mettono l'obbligo alla moglie di coabitare col marito, dal quale dovere può dispensarsi chiedendo la separazione personale

2. che costava in fatto l'abbandono commesso dalla moglie del domicilio maritale, ed il di lei trasferimento, con dimora in Napoli senza il consenso del marito il quale sempre l'ha richiamata e la richiama nel seno della famiglia

3. ch'essa non chiese personale divisione, onde poter ottenere di star lungi dal saggiorno maritale con alimenti provvisorî, e che in appello non si possono proporre nuove domande—Rigettò l'appello, e confermò la sentenza appellata de'30 ottobre 1826.

Tale decisione fu denunciata dalla moglie alla suprema Corte di giustizia

La Corte suprema ritenne che la legge accordandogli alimenti provvisorj alla moglie, che introduce giudizio di separazione ha preveduto un caso particolare solo, ma che nulladimeno altri casi possono darsi, pe'quali un'assoluta necessità obblighi la

moglie di ripetere soccorso dal marito anche fuori della casa conjugale, nè questi può ricusarsi a dargli perchè entra ne' suoi doveri di soccorrerla a' termini dell' art. 201 leggi civili.

Considerò la suprema Corte che una grave malattia, la quale costringesse la moglie a procurarsi necessariamente la cura in un luogo diverso dal domicilio del marito, è uno de' casi in cui il medesimo non può negare un soccorso somministrando i mezzi pecuniarî che occorressero in proporzione delle sue sostanze, e del suo stato, sì per la cura, che pel mantenimento durante la medesima—«Trattasi in questo caso della salute della propria consorte, di cui egli è tenuto incaricarsi, specialmente quando la di lei vita fosse in pericolo trascurandosi gli espedienti di una analoga medela in luogo, ove al vantaggio di un salubre clima, si unisce quello di più valenti professori»

Considerò che la G. corte civile con la decisione in esame ciò avesse sconosciuto ritenendo che eccetto il caso di richiesta separazione personale, non sia tenuto il marito di dare alla moglie alimenti, nè verun altro soccorso fuori della casa conjugale—Disse perciò la s. c. essersi violata la disposizione dell' art. 201 l. c., ed applicati erroneamente gli art. 203, 218, 219, 220 leg. civ. — Quindi annullò, a' 5 aprile 1832, la decisione impugnata; e rinviò la causa ad altra camera della gran Corte.

Riprodotta la causa nella seconda camera della G. Corte civ. di Napoli, questa ritenne i principî di diritto adottati nello arresto della suprema Corte di giustizia, e ritenne in fatto pruovato l'estremo della

necessità dell' allontanamento dalla casa maritale, cioè della malattia pel tempo trasandato, e nella ignoranza se tuttavia la malattia durasse, in contumacia del patrocinatore del marito con decisione del 12 giugno 1832 ruolo n. 1316 ammise l'appello, annullò la sentenza appellata, e condannò il marito a pagare alla moglie duc. 800 provvisionalmente per alimenti occorsi dal principio del giudizio—lo condannò pure a consegnargli oggetti donneschi, ed in mancanza a pagarle il valore degli stessi; e pel tratto successivo ordinò una perizia sullo stato di salute della moglie, osservandosi se la stessa fosse afflitta da una malattia tale, che l' obbligasse a rimanere nella Capitale, e nell'affermativa quale essa fosse, e di quali rimedj abbisognasse.

Questa decisione fu impugnata con opposizioni dal marito; ma la G. C. a' 11 di luglio 1832 ritenendo i principi della contumaciale, rigettò le opposizioni, e confermò la decisione precedente — (causa *Fanalla e Maddalena.*)

N.° 502.

Abbandono-Separazione-Moglie-Marito-Domicilio-Rifiuto

(v. n. 501)

Un giureconsulto vivente (*Odilon Barrot*) ha avuto occasione di scrivere una dissertazione in materia dell'*abbandono* fra conjugi — Egli discute il

se il conjuge abbandonato abbia contro il conjuge che l' abbandona un mezzo coattivo pecuniario; ed in che questo mezzo coattivo consista.

Osserva che sotto l'antica giurisprudenza invocavasi la novella 22 cap. 15 § 2, e la novella 117 cap. 8, ed un arresto del parlamento di Parigi del 1672 per sostenere che la donna, abbandonando il domicilio conjugale, perder dovesse la dote, e la sua quota messa in comunione — Pur non di meno la Cassazione a questi principî non si attenne per ciò che riguarda la dote (*Merlin quest. de droit dot.* § 5—*arresto del 2 ventoso anno XI.*) — In quanto però alle convenienze nuziali (*douaire*) la moglie che abbandonato avesse il marito senza legittima causa di assenza al tempo della morte di lui, la giurisprudenza ritenea che la moglie ne subisse la perdita quando anche il marito non le avesse fatta una giudiziaria interpellazione per richiamarla a lui — In tale senso erano le consuetudini di Francia (*quella di Anjou art.* 314, *quella di Normandie art.* 362, *quelle di Bretagne art.* 451), e queste regole correano anche ne' paesi di diritto scritto (*rinv. a Pothier traitè du douaire n.* 257— *rinv. a La Moignon arresto* 47 *sur le douaire*, *ed a Brillon che rapporta l' arresto del* 7 *giugno* 1771 *reso dal parlamento di Parigi nella causa Reuchaise.*)

Oggi però il codice non ha pronunziato la decadenza di cui l'antica legislazione colpiva la donna che abbandonato avesse il marito—Questa pena adunque, egli dice, sarebbe arbitraria) *rinv: a Du-*

ranton tom. 2 pag. 405— « Decisione della Corte di Colmar del 4 gennajo 1817)

Ma potrebbe almeno a titolo di danni interessi il marito far condannare la moglie al pagamento di un tanto per giorno, finchè desista colei dal ricusarsi alla coabitazione?—Duranton, egli osserva, si pronunzia per l'affermativa (*tom.* 2. *pag.* 412 — Il Tribunale di Strasbourg nella causa *Boissard* nel 9 maggio 1816 avea ritenuto l'istesso principio, condannando a titolo di dann' interessi la moglie a pagar 300 franchi mensuali al marito dal giorno della notificata sentenza finchè non ubbidisse col ritorno al domicilio conjugale—Ma la Corte di Colmar con l'arresto de'4 gennajo 1817 rispinse la massima considerando « che la privazione della somma, o di una parte, della fortuna della propria moglie non può esser considerata che nella qualità di un mezzo odioso per acquistare—che essa è una vera pena in opposizione con gli attuali costumi capace di eliminare per sempre una conciliazione, la quale per tutt'altra via và preparata—che questa misura considerata in generale mette in emulazione l'avidità del danajo con la conjugale tenerezza e potrebbe fa succumbere questa a fronte di quella — che le minacce allora del marito rendendo invincibile l'allontanamento perverebbero a compiere la ruina della moglie ec. » — La stessa Corte di Colmar uniformemente giudicò il 10 di luglio 1833—

La Corte di Riom (13 agosto 1810) e quella di Toulouse (24 agosto 1818) autorizzarono l'immissione in possesso de'beni o il sequestro di tutte le rendite a profitto del conjuge abbandonato.

Si dubitò se potessero ritenersi il corredo e le vesti: ma la Corte di Toulouse (21 e 24 agosto 1818) ritenne che sequestrar le vesti della moglie sarebbe appesantire contro di lei nel rigore, potrebbe ferir la decenza ed i riguardi che debbono sempre esser conservati verso le persone del sesso più debole—che questa misura nella sua esecuzione sarebbe per sua natura esposta ad inconvenienti, i quali debbonsi per la pubblica decenza prevenire.

La Corte di Parigi (22 *pratile anno XII.*), e quella di Nimes (11 *giugno* 1806, *e* 14 *marzo* 1834) ammisero il sequesto de'beni della donna, ed un amministrator giudiziario che ne raccogliesse i frutti, e le rendite.

La Corte di Lione ammise la domanda della moglie abbandonata diretta ad ottenere un assegnamento alimentario più pingue nella misura, a danno del conjuge che avea commesso l' abbandono (30 *novembre* 1811 —*Sirey* 12 2 63).

In secondo luogo lo scrittore ricerca sulla quistione del se il conjuge abbandonato potrebbe ricorrere all'arresto personale *manu militari* per costringere alla coabitazione ?

Egli osserva che questa sia grave e fluttuante quistione—Che molti arresti abbiano ritenuto l'affermativa (*rinv. a Vazeille traitè du mariage tom.* 2 *pag.* 12 *e* 91. *n.* 548. — *a Coin-Delisle comment. del cod. civ. l.* 3 *tit.* 16—*ad arresti della Corte di Parigi* 29 *maggio* 1808 *Sirey* 8 2 199 — *Corte del Pau* 12 *aprile* 1810 *Sirey* 10 2 241 — *Corte di Torino* 17 *luglio* 1810 *Sirey* 10 2 24. — *Corte di Colmar* 10 *febbraro* 1816, *e* 4

gennajo 1817 *Sirey* 18 2 123 — *Corte di Parigi* 17 *agosto*, *e* 7 *dicembre* 1824, *Sirey* 30 1 199 — *Corte di Nancy* 1 *aprile* 1826 — *Cassazione* 9 *agosto* 1826 — *Corte di Aix* 29 *marzo* 1831 — *Sirey* 33 2 92.)

Nondimeno Duranton opina che non è ne'principj della legge questa coazione *manu militari* per cosringere alla coabitazione (*Duranton tom.* 2 *pag.* 405 *seg. n.* 436. — *Corte di Riom* 6 *aprile* 1806 *Sirey* 13 2 239. — *Corte di Nimes* 11 *giugno* 1806 — *Corte di Toulouse* 24 *agosto* 1818 *Sirey* 21 2 249. — *Corte di Colmar* 10 *luglio* 1833 *Sirey* 34 2 129).

Nell'arresto del 9 di agosto 1826 leggesi così « considerando che nello interesse generale della società la legge deve assicurare ed assicura in effetti la esecuzione de'giudicati con tutti i mezzi che sono in suo potere

« che fra questi mezzi esiste l'impiego della forza pubblica

» che questo mezzo è testualmente autorizzato nell'*ordiniamo e comandiamo* messo indistintamente infine di qualunque giudicato

» che l'impiego della forza pubblica non deve in alcun modo esser confuso con l'esercizio dell'arresto personale — con questa s' impossessa della persona colui che imprigionandola toglie ad essa la libertà — con quella non si fa che accompagnare la persona per metterla in istato di compiere i suoi doveri, senza pregiudicare il godimento de'proprî suoi diritti, e conservandone sempre intiera la libertà.

« che questi principj conservatori dell'autorità essenzialmente dovuta al potere giudiziario non ricevono alcuna eccezione a riguardo delle condanne, le quali in virtù dello art. 214 c. c. (*conc.* art. 203 *l. c.*) obbligano la moglie a ritornare nel domicilio conjugale

« che per la loro esecuzione nel dispiacevole estremo, in cui tutti gli altri mezzi meno rigorosi son rimasti senza effetti, deve ancora impiegarsi la forza pubblica per non far dipendere dal capriccio, qualche volta ancora dal delitto della sposa un nuovo genere di separazione di corpo— per non far sovvertire in pari tempo, e i diritti particolari del marito, e i diritti generali della società— (*Cassaz. di Parigi* 9 *agosto* 1826.)

In altro arresto della Corte di Cassazione di Parigi del 6 gennajo 1829 leggesi che la Corte di Riom avea rivocato una sentenza dalla quale trovavasi ingiunto alla donna di andare nel domicilio conjugale sotto pena di essèrvi astretta con *tutte le vie di diritto* , *e con arresto personale*.

La Corte di Riom, per quanto se ne desume dallo arresto di Cassazione che rigettò ricorso , lungi di privare il marito de' mezzi coercitivi autorizzati dalla legge, avea solamente negato la via dello arresto personale, *per mezzo di cui* avrebbe potuto credersi il marito autorizzato ad impadronirsi della persona della moglie, nel senso di privarla della libertà — La Cassazione ritenne quella medesima distinzione fra arresto personale , ed impiego di forza pubblica in qualità di mezzo atto ad obbligar

la moglie a seguire il marito nel domicilio conjugale.

Premesso ciò lo scrittore discute con quale procedura il conjuge abbandonato dovesse agire per ottenere la coazione della moglie, sia per la via del sequestro de' beni, sia *manu militari*.

Egli crede che sia necessario provvedersi prima di una sentenza che metta in mora la donna, affinchè adempia le proprie obbligazioni — La dignità del matrimonio, e la necessità di lasciare una via aperta alla riconciliazione, egli osserva, rendono questo preliminare indispensabile — La Corte di Bruxelles a 13 agosto 1806 (*Sirey* 7 2 28) considerava che non avrebbe potuto se non precocemente pronunziarsi su' mezzi di esecuzione, ed inferirsi delle pene, innanzi di costare che la parte condannata fosse in mora — La Corte di Parigi seguì le medesime tracce in due arresti — Col primo condannò il marito a ricevere la moglie (17 di agosto 1824)— col secondo autorizzò la moglie a farsi coadjuvare dalla forza pubblica per esser introdotta nel domicilio conjugale (7 *dicembre* 1834 — *Corte di Parigi causa Naylics*)

In un altra causa purnondimeno il presidente del Tribunale della Senna in *referè* autorizzò il marito a far arrestare per mezzo di usciere la donna, ed a farla ricondurre nel domicilio conjugale — Questa ordinanza non vedeasi preceduta che da un semplice atto di messa in mora, notificato ad istanza del marito alla moglie.

Fu interposto appello dalla ordinanza del presi-

dente—La Corte Reale di Parigi lo rigettò—(29 *maggio* 1808 *Sirey* 3 2 199 *causa Ampère*)

A queste opportune notizie di giurisprudenza somministrate dal Sig. *Odilon Barrot* soggiungiamo una nozione tratta da decisione di febbrajo 1838.

È così, che in Francia per argomento degli art. 212, 214, e 1448 c. c. (201, 203, e 1412 l. c.) varii arresti aveano ritenuto il principio di esser la moglie allora obbligata a seguire il marito, quando effettivamente costui avesse un domicilio per se, destinato alla domestica sua economia, ed atto a riceverla secondo la propria condizione (9 gennajo 1826 cassaz. di Parigi—19 aprile 1817—17 gennaio 1838 Corte Reale di Parigi.)

Ragione di contendere poco fa presentavasi nel caso di un marito, il quale nel 1813 era scomparso, abbandonando la consorte ed un figlio nato dal suo matrimonio nel 1808—Dopo aver egli messo in non cale, niente meno che per cinque lustri, la famiglia, costui ritornava in Parigi nel 1838.

La moglie nel 1814 avea fatto pronunziar la sua *separazione di beni*—vivea comodamente, avea cura del figlio suo, e del marito rammentava appena il nome, quando imprevedutamente questi le arriva d'innanzi nella età di cinquantacinque anni reclamando il titolo di consorte—Lo rispinge dal domicilio la moglie—E questi propone al Tribunale la domanda perchè « *la donna sia obbligata a ricevere il marito nel suo domicilio* ».

Il Tribunale, cui da prima una eccezione d'identità presentasi, la discute, e per le pruove raccolte la rispinge—poi nel merito rigetta l'azione

« *considerando che i diritti del marito* in legge son così intesi che *la moglie* sia obbligata di venir a dimorare con lui—che *per costringerla egli dee giustificar prima di avere un domicilio conveniente*, lo che nel caso non si dimostra dallo attore ».

Appello—Addottando i motivi del Tribunale, la Corte Reale di Parigi 2 cam. lo rigetta (28 febbrajo 1838 causa *Beniquè* contra *Minet*)

N.° 503.

Ripa—Suolo—Sponda di territorio—Livello inferiore—Fondo sottostante—Via—Contravvenzioni—Muro-Termini-Finium regundorum-Confinium

(v. n. 257, 483)

Eravamo assuefatti a dir che la sponda inclinata, la ripa, fosse *del fondo superiore*; impercciocchè nella consuetudine napolitana *de ripa vel efrico* leggevamo così « si duorum terrae sint confines, quarum una est in eminentiori loco, alia inferiori loco depresso, *ripa supra quam est terra quae in eminentiori loco est*, licet sit immediate conjucta terrae inferiori, sive quae est in loco depresso, ejus est cujus est terra in eminentiori loco existens «—consuetudine sulla quale

Carloantonio de Rosa notava « privata ripa est illa quae praediis haeret, adjuncta et vicina est; et de ista ripa privata loquitur haec consuetudo » —ciò per distinguerla dalla ripa pubblica, da quella quae flumen publicum intra terminos custodit l. 3 de flumin, (v. Rosa ad consuet. neap. de ripa vel efrico tom. 2. pag. 466.)

Secondo questa consuetudine, se volesse il proprietario chiuder con muro il suo fondo soprastante, non dovrebbe soffermarsi al lembo superiore coltivabile, ma la falda, la ripa scoscesa potrebbe voler includere nel muro *tutta*, allegando che quella rupe, quella scoscesa è tutta sua, poichè di altra materia non può quella esser costituita, se non di terra che fu un tempo della sua proprietà di soprastante livello.

Ma sarebbe indistintamente ciò vero?—Sarebbe sempre così che fosse lecito metter la base del muro là dove il proprietario sottostante segna *l' ultima linea coltivabile sua, là dove quest' incontra la prima zolla della rupe che forma scarpa del soprastante podere?*

La quistione può divenir grave ed interessante ne' giudizî di occupazione di suolo pubblico, di strada—Sovente fiancheggiate vediam le vie da ripa che le sovrastano—sovente di anno in anno le vie ristringonsi, perchè le invernali piogge trasportano dall'alto della rupe materiali nel basso, e l'angolo acuto della falda porta il suo vertice sempreppiù verso il mezzo della strada, e la ingombra. Non è men vero che la terra ingombrante è una proprietà caduta dal fondo superiore; ma se chiu-

der volesse con muro la terra sua quel proprietario soprastante, cinger forsi potrebbe fin l'ultimo granello di terra caduta nell'ultimo inverno sulla via, in discapito di questa? No—qual'è dunque la linea fino alla quale il muro non costituirà occupazione di via?—Ricerchiamone.

Supponete che il fondo soprastante abbia per confine una perpendicolare superficie, una parete di terra battuta, così come nelle rupi di lieve elevazione l'agricoltore fa la *tapia*, comunemente così detta.

Questa parete di terra battuta segnerebbe con la sua base una linea, lungo la quale sarebbe demarcato il confine della superficie orizzontale della via, o del territorio—Lasciate che l'erbe native comincino a romper con le radici loro quella superficie un tempo levigata e perpendicolare—che il sole diminuisca l'umido il quale ne tenea le particelle aderenti al masso—che il ciglio superiore inaridito riprenda la natura di terra o di lapilli sdrucciolevoli—che il nuovo inverno porti le declinanti acque a radere quel ciglio—Voi vedrete dopo un anno che l'ultimo confine della terra superiore è rientrato di qualche pollice, e che i materiali ch'erano alla sommità più non esistono quivi—Dove son essi? son caduti nel piano sottoposto, e i primi caduti son discesi verticalmente giù nell'angolo che la superficie orizzontale del fondo o della via soltostante facea con la superficie della parete verticale costituente il confine del fondo superiore.

Lasciate che il tempo si avvanzi—quel ciglio superiore rientrerà di anno in anno, a misura

che i materiali crolleranno da esso — Gli troverete abbasso collocati dalla natura de' gravi l' un dietro l'altro, avvanzandosi in quà, appresso a' primi discesi — e gradatamente vedrete che l'antica perpendicolare superficie la quale cingeva il fondo è nella parte superiore troncata e dispersa in quando n'è caduto — nella parte inferiore è sepolta e ricoperta in quanto, ingombrata a poco a poco da' materiali caduti, ne sta fra essi.

Giungerà a tal segno la discesa fin che il cumulo de' materiali tolti dalla perpendicolare, ed il cumulo di que' che dal basso crescendo si sono rammassati, si tocchi in una linea istessa orizzontale — Allora *tutta* è sepolta la perpendicolare dal basso sino alla metà circa della sua altezza, e *tutta* è distrutta la perpendicolare dall'alto sino all'altra metà circa — in vece della perpendicolare mirate là una obliqua superficie — Avrà dunque perduto il proprietario soprastante un triangolo solido, un prisma, di terra sua che, rovesciato forma un triangolo solido, un prisma occupatore del suolo della via, o del territorio sottostante.

E poichè perpendicolare immaginammo essere stata un tempo la parte di terra che chiudea la soprastante proprietà, avverrà che una *ipotenusa* costituisca la falda attuale ad angolo sporgente sul fondo che sta sotto — un *cateto orizzontale* segni l'antico suolo sottostante ora ingombrato dalla discesa de' materiali — un altro *cateto verticale* segni il sepolto residuo dell' antica perpendicolare superficie che additò un tempo il ciglio del fondo superiore.

Coltivar la ipotenusa in quanto n'è ora sporgente sul suolo altrui non può il proprietario del fondo superiore—chiuderla da muro non può—Riprender i materiali, isgombrando il cateto orizzontale occupatore di essi, ciò gli sarebbe lecito fine al cateto verticale che segna l'antico limite—Dunque *cinger da muro così che tutto il cateto orizzontale si addica al podere superiore*, *non si può*—*Cinger da muro incontrando l'antica perpendicolare*, si può—e la ricerca si traduce in ciò: in mezzo alla obliqua ipotenusa, ossia in mezzo all'inclinato piano che forma la rupe, determinar *il punto ove la sepolta perpendicolare*, *rappresentante l'antica superficie verticale*, *stava una volta*.

La soluzione di questo problema può ottenersi consultando la classica opera di Bellidor (*science des ingegneurs* 1729 *à Paris p.* 29) o gli elementi di meccanica ed idraulica di Giuseppe Venturoli (*Napoli pe' tipi della Minerva* 1833 *vol.* 1. *pag.* 163)—*Venturoli*, parlando delle forze moventi e resistenti (*cap. XII.* dell'attrito § 509) ritiene che « *le terre smosse non si sostengono a piombo*, *e prendono naturalmente un declivio dalla* » *verticale di gradi sessanta*, *se son terre sabbiose*, *e sciolte*—*di gradi cinquantaquattro*, » *se non terre forti* ».

Osserviamo — Venturoli quì di sessanta gradi intende esprimer l'angolo che la ipotenusa fa sul cateto *verticale* — Di quanti gradi adunque egli intende esprimere l'altro angolo ch'è sul *cateto orizzontale*?— Ciò è interessante di ponderare, esprimendo questa *orizzontale* il piano della via,

o del fondo sottoposto — Rammentiamo che gli angoli di un triangolo sommano quanto *due angoli retti* —Nel triangolo rettangolo i due angoli sulla ipotenusa sommano *novanta gradi* — Ritenuto adunque che l'angolo costituito dalla ipotenusa e dal cateto *verticale* sia *di sessanta* gradi, Venturoli intende esprimer l'angolo costituito tra la ipotenusa e 'l cateto *orizzontale*, l'angolo cioè che la rupe inclinata fa sul piano sottoposto, nella misura di *trenta* gradi.

Bellidor credea che quest' angolo potess' esser di *quarantacinque* gradi—egli si esprimea così « le » terre ordinarie quando siano smosse ed ammuc- » chiate, senza esser nè battute, nè entre-lassées » par aucun fascinage, prendono di per se stes- » se un pendìo) *ou talud*) *che fa sull' oriz-* » *zonte un angolo di quarantacinque gradi*, *ossia* » *la diagonale di un quadrato*—Ciò s' intende per » le terre ordinarie—non ignorandosi che ov' esse » fossero sabbiose, farebbero l'angolo più acuto— » *se grasse e forti* farebbero un angolo meno acu- » to—Noi per fissare un calcolo supporremo una » terra di qualità media fra le due » — così si esprimea Bellidor analizzando (nel capitolo 4 lib. 1. della sua opera) la tesi « della maniera » di calcolare la spinta delle terre che sosten- » gono i rivestimenti delle terrazze e de' rampa- » ri, affin di determinare la solidità ch' è d' uo- » po dare a' medesimi ».

Ciò premesso crediamo che quando la terra di una ripa sia di natura media tra la sabbiosa, e la dura grassa forte; quando ci si presenti una

ripa che s' inclina a *quarantacinque gradi* sull' orizzonte rappresentato da una via, o da un terreno sottoposto, in tale caso non *al piede della rupe* il muro possa mettersi, non al ciglio superiore del fondo coltivabile, ma fissando il punto *medio* fra tali due estremi, e là cavando la base del muro *nella metà giusta* della ipotenusa, *metà giusta*, poichè nel triangolo rettangolo se quarantacinque gradi è l' un de' due angoli tra la ipotenusa e 'l cateto orizzontale, di altrettanti gradi è l' altro, compimento di novanta—allora è isoscele il triangolo—allora alla metà della ipotenusa corrisponde il punto dal quale abbassando la perpendicolare s' incontra quell' antica superficie sepolta che immaginammo esprimer la faccia levigata, la volgarmente detta *tapia*, *l' antico limite del fondo superiore*.

Che quando lapilloso, sabbioso, sdrucciolevole fosse il terreno caduto dal fondo superiore e costituente la rupe; quando ci si presenti una inclinazione di questa ad angolo *più acuto di quarantacinque gradi*, operato dalla discesa de' lapilli e del terreno sabbioso superiore, in tal caso anche più sopra della metà della ipotenusa rappresentata dal piano inclinato della rupe crederemmo doversi cavar la base per collocare il muro.

In altri termini spieghiamo questo concetto—più acuto è l' angolo che sul piano orizzontale della via o del fondo sottoposto alla rupe si costituisce dalla caduta de' materiali del fondo superiore, più sopra salir si dee per trovar l'antica perpendico-

lare, la vera linea su cui il muro per giustizia star può.

Non intendiamo nello scriver questa opinione di escluder le contrarie osservazioni che posson trarsi dal fatto, poichè i titoli, e la prescrizione, han potuto nel fondo privato sottoposto operar una diminuzioue di proprietà, ristringendo l' area col tacito consenso del proprietario sottostante che ha potuto voler così, per lasciare consistente viepiù la scarpa di sostegno del fondo superiore— ed il proprietario del fondo sottoposto ha potuto voler perdere piuttosto quella zona del suo fondo, anzichè annualmente ricercar di danno il vicino, ed obbligarlo a ritogliere i materiali dal suo fondo caduti.

Non intendiamo di tener che *tutt' i fondi* soprastanti potrebbero regger sostenuti da una superficie verticale di terra battuta che serva di limite perenne fra le due proprietà di livello differente.

Intendiamo solo di aver apportato una osservazione per la quale *non sempre il muro da cinta per lo fondo superiore innalzandosi sull' attuale confine tra la rupe e la via, tra la rupe e 'l territorio sottostante, si direbbe giustamente là innalzato*—Intendiamo aver dato argomento a' magistrati del contenzioso amministrativo, perchè ne' giudizii di contravvenzione la severità de' principii sia sempre con giustizia tutelata, e la via a poco a poco ristretta dalla discesa di materiali della rupe non soffra diffinitiva restrizione, quando voglia di *muro* trattarsi—Non sempre

(questo è il nostro principio) il proprietario superiore può dir *sua tutta la falda* dalla coltivabile estremità del suo fondo superiore per quanta ne discende infino al passo, infino a quella estrema linea del piano inclinato che fa angolo acuto sulla via, o sul podere sottoposto—*Non sempre metter può il muro da cinta così che tutta la falda vi rimanga inclusa come sua.*

Gli antichi tra'l fondo superiore e 'l sottostante avrebbero lasciato un vacuo, per lo quale « *sine agrorum incommodo ire, agere, aratrum circumvertere liceret* ; e questo propriamente avrebber detto « *confinium* » se una via pubblica invece là non fosse (*l.* 4 § *ult. fin. reg.*) *sive via pubblica intervenit, confinium non intelligitur* (l. 5 *finium regund.*) *quia magis in confinio meo via pubblica vel flumen sit, quam ager vicini* (*l.* 7 *de acquir. rer. dom.*) « *Et ideo prope confinia arbor posita, si etiam in vicinum fundum radices egerit, comunis est* ».

Questo *confinium*, per legge decemvirale contenea lo spazio di *cinque piedi* « *intra quinque pedes usus auctoritas nec esto* ».

La prefinizione di questo spazio chiamavasi col nome di *praescriptio quinque pedum—praescriptione summota*, dicea la l. 5 cod. *finium regund.* e veniva dalle leggi di Solone, il quale avea distinto gl' intervalli delle siepi, delle macerie, degli alberi.

Il Giureconsulto Cajo avea rapportato le parole di questa legge di Solone che nel digesto ov' è la l. 13 *fin. regund.* sono col testo greco e con

la traduzione così « *si quis sepem ad alienum praedium fixerit, infoderitque, terminum ne excedito — si maceriam pedem relinquito: si vero domum pedes duos: si sepulchrum aut scrobem foderit quantum profunditatis habuerint, tantum spatii relinquito—Si puteum passus latitudinem — At vero oleam, aut ficum ab alieno ad novem pedes plantato —Caeteras arbores ad pedes quinque* » — (*Veggasi Plutarco in Solone, e Cujacio sulla d. legge ultima fin. regund.*)

Lo spazio del *confinium* era sottratto a qualunque usurpazione — Ciò esprimono le parole *intra quinque pedes, usus auctoritas nec esto.*

Doppia azione riconosceasi nello antico diritto in materia di confini —L' una diceasi « *finalis spatii* » L' altra dicasi « *locorum* »

Finalis spatii agivasi perchè rimanesse libero l' interstizio di quei cinque piedi.

Locorum agivasi quando si occupava lo spazio oltre i cinque piedi liberi — E questa controversia *locorum* proponeasi « *apud judicem sive arbitrum finium regundorum* » — (*Cujac. obs.* 10 *cap.* 2.)

La l. 5 cod. fin. regund. occasionò gravissima discettazione tra gl' interpetri — Essa è concepita così « *Quinque pedum praescriptione summota, finalis jurgii vel locorum libera peragitur intentio* ».

Pietro Bailardo confessò di non saperla interpetrare — (*Vedi* Accursio *su questa legge e* Gio: Vincenzo Gravina *sul commento alle leggi delle XII. Tavole*)

Isidoro credè che presso gli antichi non fosse permessa una lite per lo stadio di cinque piedi, come cosa di lieve momento.

Cicerone nel lib 1. *de legibus* scrivea — Che le leggi delle XII. tavole tra i cinque piedi non permettessero l'usucapione.

Gotofredo comentando la legge 5 *c. fin. regund.* narra che per le leggi delle XII tavole i cinque piedi che egli ben definisce *fines finium* dovessero lasciarsi vacui —Quindi ne fosse proibita la usucapione.

Narra egli da Varrone che la servitù *itineris*, *hoc est iter ad culturam*, poteasi *usucapere* — che per l'opposto no 'l si potesse il così detto *iter limitaneum seu limitare* — Per la legge Manilia, egli dice, fu sancito che laddove per questi cinque piedi si movesse controversia, l'agrimensore si sceglierebbe « *qui fines eos regeret* »—Ma che oltre a cinque piedi la lite « *non erat finalis*, *sed proprietatis*, *ideoque non agrimensor*, *sed praetor adeundus erat*» — Egli conchiude « *quaenam servitus olim in hac preascriptione fuit*, *quae hodie libertas*!» — risponde « *non observatur longi temporis praescriptio*; *cujus fit mentio in l. ult. cod. Theodos. hoc tit. sed hac sola praescriptione auctor hodie repellitur*, *si veteribus finem cum signis*, *limes inclusus congruum erudita arte praestiterit*» — Ovvero « *si veteribus signis limes praefixus monstraverit reo jus esse retentionis*»—Rinvia a Cujacio (*observ.* 10 2— *e v. Pothier nel comento alle leggi delle* XII. *tav. in tab.* VIII. *cap.* 3 *n.* 1 *tom.* 1 *pag.* 134)

« La confinazione, quella linea visibile natu-
« rale, o artificiale che indica la separazione di
« due contigue proprietà rustiche, è quella che
« ne guarentisce la identità, ed è un mezzo per
« assicurar lungamente tra' vicini i mutui rapporti,
« l'armonia, e la pace— Interessando l' ordine
« sociale, una è dessa fra le utili invenzioni ripu-
« tate necessarie, e che risalgono alla più remota
« antichità» — Così il Ch. *Presidente Armellini* introducea la sua dotta dissertazione de' *termini di confine* (nel cap. 5 della opera « *le leggi protettrici dell'agrigoltura* » — Teramo 1837 pag. 78), ed al titolo del digesto rinviando *de termino moto*, rammemorava come i Romani tenessero per sagrilegi que'che dislocassero o sopprimessero termini delle possessioni: di Numa Pompilio essendo legge così concepita ».

Qui terminum exarassit, ipse et boves ejus sacri sunto ».

Fra le verità delle sacre carte leggiamo comandato da DIO ».

Non assumes, nec transferes terminos proximi tui, quos fixerunt priores in possessione tua » (Deut. cap. 19 v. 4)

E nelle vigenti leggi penali sta dal primo al terzo grado di prigionia punibile chi il termine dislocasse o sopprimesse (455 l. penali).

L' art 568 delle leggi civ. (al quale possono dirsi concordi le leggi 10 e 12. fin. reg. obbliga il vicino proprietario a terminare il fondo suo, quando l' altro vicino proprietario desideri assicurato il confine delle contigue proprietà.

In Francia si dubitò del se la confinazione de' campi contigui dovesse altramente farsi dallo stato attuale in cui i proprietarj posseggono — Fu creduto che non occorresse di misurare i fondi per determinar la linea sulla quale i termini dovesseso piantarsi, *se non quando si trattasse di azione di rivindicazione* — (Sirey sull' art. 646 c. c. ab.)—

Fu ritenuto in Francia che il chieder i termini di confinazione quando costituisca non l'*accessorio* di una rivindicazione, ma *il soggetto di principale domanda*, allora dovesse proporsi innanzi al giudice circondariale con le norme dello art. 103 n. 2 l. d. p. c., allegandosi che siano stati fra l'anno dislocati i termini, o altramente fra l'anno siesi turbato il possesso del confine — (v. Dalloz vol. 1 pag. 350)

In una grave causa che a nostra difesa fu agitata per lo Regale Albergo de'Poveri contra il Comune di Aprano, due insigni Giureconsulti viventi Arbitri per Regia delegazione (*il Cav. Mangoni, ed il Cav. Agresti*) scriveano così — « Attento che la idea del Comune che la causa non entri ne' giudizii *finium regundorum*, e che i medesimi dalle leggi delle XII. Tavole, e dal Pretore eran ristretti ad *limitare iter* quando non v' era quistione di *dominio*, come nella causa attuale, non è vera—All' oggetto ricordisi, che di questa differenza ritenuta dal codice Teodosiano, non vi è vestigio nel codice Giustinianeo; anzi il Legislatore tolse tale differenza con la legge quinta cod. fin. regund. — *E così oggi cotesta azione si accorda, qualunque sia la confusione de' confini, o la proprietà confusa, di cui tra vicini*

si contenda—Laonde quest' azione fu annoverata fra le *miste personali*, *e reali*, nell' oggetto di rivindicare la proprietà confusa, che da un terzo intieramente si possegga (*l.* 1. *fin. reg.*)— In conseguenza il Magistrato in simili cause ha il dovere d' investigare i confini col mezzo de' testimoni, de' censi pubblici, con l' opera degli agrimensori, ed accessi sul luogo della controversia (l. 2. 11, e 28 de probat.— l. 8. § 1. fin. regund.)—Ed ove per avventura non vegga nettamente il vero, può andare a misura equitativa onde questa azione fu detta *arbitraria* ». (Decis. arbitr. 22 dicembre 1834 depositata nella Canc. delle G. C. civ. di Napoli il di 24 detto, omologata il 2. gennajo 1835 dal Presidente della G. C. civ. ed approvata Sovranamente per Real Rescritto di gennajo 1835 pel Min. degli aff. Int.)

N.° 504.

Moglie - Autorizzazione - Giudizio - Rinunzia

Autorizzata la moglie a stare in giudizio e a difendersi nella qualità di convenuta, non può senza autorizzazione, sia del marito, sia del magistrato, acquetarsi alla sentenza che la condanna—non può rinunziare, recedere dalla difesa—Tribunale Civile della Senna, e 3 camera della Corte Reale di Parigi 7 marzo 1838 causa *Tremeau e Cheveau*.

N.° 505.

Donazione-Creditore-Figlio-Stabilimento-Diritto personale

La madre avea nel 1832 donato a sua figlia un immobile per proccurarle uno stabilimento.

La madre che avea contratto matrimonio sotto il regime dotale, e fatto separazione di beni dal marito nel far la donazione scrisse che faccalo *par avancement d' hoirie*, ed avea fatto interporre una formale autorizzazione dal Tribunale.

I creditori della donante chiesero l'annullamento della donazione come fatta in frode de' loro diritti, ed osservando che era una condizione quella sotto cui vedeasi donato per procurare alla donataria uno stabilimento, dissero che la giovane adempiuto non avesse in alcun modo alla condizione del dono—Per la qual cosa come alla donante sarebbe appartenuto un diritto per inadempiuta condizione a rivocarlo, potessero essi impugnarlo del pari a causa di condizione non adempiuta, perchè la legge dà a' creditori il diritto di spinger quelle azioni che al loro debitore apparterrebbero.

Il tribunale decide che la donazione non è fatta in frode de' creditori.

Appello — La corte Reale di Rouen conferma.

Ricorso — e quì invocandosi gli articoli 1166 1556, 1560, c.c. (conc. 1119, 1369, 1373, l. c.) i

creditori diceano di non esser personale ma soggetto alle disposizioni dello art. 1166 c. c. 1.° *comma* (concord. 1119 l. c. 1. *comma*) il caso della donazione sotto condizione non adempiuta.

La Corte di Cassazione ha ragionato e deciso così

» attesochè la enunciazione inserita nella donazione del 28 maggio 1832 portando che essa è fatta *en evancement d' hoire, et dans le but de procurer un établissement à la fille donataire*, esprima una *causa* della liberalità, piuttosto che una *condizione*.

» che l' art. 1556 c. c. (conc. 1369 l. c.) mentre permette l'alienazione del fondo dotale per lo stabilimento de'figli, non determina come determinar non potea ciò che dovesse intendersi per la parola *stabilimento*.

» che la legge, così come l' abitudine de' padri di famiglia, suppone molte guise da *stabilire* i figli, poichè l' art. 204 c. c. (ampl. dall' art. 194 l. c.) dichiara che i figli non abbiano azione contra i genitori per ottenere *stabilimento* per matrimonio, o altramente.

» che essendo così non appartiene ad altri che all' autore solo della donazione, non a' suoi creditori, lo spiegare la intenzione e lo scopo della liberalità—ond'è che nella specie l'azione di rivocazione spinta da' creditori della donante rendeasi in pari tempo irricettibile e mal fondata—. Rigetta il ricorso—9 aprile 1838 *creditori della Signora Labière*.

N.° 506.

Testamento-Diritto di accrescere-Caduco-Quota di riserba

Scrivea testamanto una donna, e legava il quarto della successione sua alla madre—tutto il resto a suo marito — « Io lego a Chiara Bernardet mia madre in piena proprietà la quarta parte di tutti i beni chè morèndo lascerò, in qualunque cosa consistano e possano consistere, uniformandomi alla legge per darle quella riserba che in favor di lei dà la legge stessa—Di tutto il dippiù de' miei beni mobili ed immobili, nomi, diritti, ragioni, ed azioni, io nomino ed istituisco mio erede o legatario a titolo universale e particolare il Sig. Pietro Giuliano mio marito il quale potrà godere e disporre in piena proprietà della mia successione — distrazione fatta del quarto legato all' anzidetta mia madre ec. »

Premorì la madre alla figlia, e questa non curò di far altro testamento.

Quistione allora si elevò per definire se caduco fosse divenuto il legato, se cresciuto dovesse intendersene il *pro* al marito, o se invece appartenesse alla germana della testatrice il quarto che la madre non avea potuto raccogliere.

La Corte di Tolosa a 16 di luglio 1836 avea deciso così « che la intenzione della testatrice è stata

nel legare il quarto a sua madre esprimere solamente *la quota di riserba*—a riguardo del marito la testatrice ha voluto che quegli goda e disponga in piena proprietà della successione—nella intenzione della testatrice adunque sta che divenendo caduco il legato, si accrescano di altrettanto le disposizioni fatte in favore di suo marito.

Ricorso—per erronea applicazione dell'artic. 1044 c. c. (ampliato dall'art. 999 l. c.) in cui fra l'altro è disposto che si reputa fatta congiuntamente la instituzione o il legato, quando dipenda da una sola e medesima disposizione).

Le sorelle della testatrice non negavano il principio che nel concorso di un legatario universale e di un legatario particolare quel che divien caduco nel particolare legato accrescer debbasi al legatario universale anzichè darsi agli eredi legittimi—Ma osservavano che nel testamento di colei non v'era un legatario universale—vi eran due legatarii a titolo universale di un quarto, e di tre quarti rispettivamente—quindi era il caso per lo quale i giureconsulti moderni scrissero non aver luogo il diritto di accrescere, perchè non vi è congiunzione tra i due legatarii, sibbene un legatario di quota non può giammai raccogliere al di là della quota a pro di lui dal testatore disposta—al marito non si era inteso dar altro che un legato a titolo universale, e questo non è suscettivo di accrescimento.

La Cassazione di Francia sulle uniformi conclusioni dell'Avvocato generale Nicod ha ragionato così

1. di qualunque espressione un testatore si avvalga per instituir il suo erede universale, merita

esecuzione la sua volontà chiaramente manifestata (967 *c. c. conc. art.* 892 *l. c.*)

2. la caducità di tutte le disposizioni e legati che s' impongono all' erede opera a lui profitto, quando egli non dee, nè può adempiere disposizioni e consegnar legati cessandone esistenza.

Applicando questi due canoni ritenne in fatto che la testatrice dopo aver dato iu pro della madre sua la sola riserba dovutale in forza della legge, instituito avea sua marito *in tutto il dippiù a titolo universale*—avea dichiarato in termini espressi e formali che il marito solo disporrebbe di ogni proprietà ereditaria, distrazione fatta del solo quarto legato alla madre come una cosa propria di colei.

Quindi non gli eredi del sangue ; ma il marito dee solo profittare della quota di riserba, di cui la prestazione era messa a carico di lui, resa caduca per la premorienza della madre legataria alla figlia testatrice — Ha rigettato il ricorso—Cassazione di Parigi 11 aprile 1838 — causa Giuliano e Mengelle.

N.° 507.

Cauzione-Judicatum solvi - Appello - Straniero

Dal confronto fra gli articoli 16 c. c., e 166 c. d. p.c. (17 l. c., e 260 l. d. p. c.) sorge la ragione di dubitare—Non dedotta in prima istanza e preliminarmente la eccezione contra lo straniero « *dà cauzione judicatum solvi* », potrà questa eccezione domandarsi in appello ?

Nelle leggi di procedura è scritto che tutti gli stranieri, o attori principali, o intervenienti in causa, *ogni qual volta il reo ne faccia istanza, prima di qualsivoglia eccezione*, saranno tenuti a prestar cauzione per lo pagamento delle spese e de' danni interessi, ne' quali potessero esser condannati (art. 166 c. d. p. c. concord. art. 260 l. d. p. c.)—E quando questo articolo nacque si versò appositamente sulle parole « *prima di qualsivoglia eccezione* » Furon esse aggiunte a proporzione della Sezione del Tribunato, la quale dicea così « bisogna spiegare chia-
« ramente *quando* debba richiedersi la *cauzione* —
« Sembra evidente che essa debba esser fatta in
« *limine litis*—Sarebbe contrario a tutte le regole
« di giustizia, e di buon senso che dopo di essersi
« con lo straniero per lungo tempo litigato innanzi
« ad un Tribunale, si venga poi contro di lui a

« chieder la cauzione per allontanar la sentenza ». (ved. Proc. verb. de la Sect. de leg. du Trib., observ. sur l' art. 165 de la red. comm.).

Pure la Giurisprudenza delle Corti Francesi è scissa in definire su tale quistione—Le Corti di appello di Douai, di Metz, e di Toulouse si sono attenute alle disposizioni letterali dell' art. 166 c. d. p. c., ed han deciso di *non potersi in appello* proporre siffatta domanda.

All' opposto la Corte Reale di Parigi traendo analogia dall' art. 16 cod. civ. (conc. art. 17 l. c.) ove sta espresso che *in qualunque materia*, escluse quelle di commercio, lo straniero *che sia attore* sarà tenuto a dar cauzione pel pagamento delle spese e de' danni interessi risultanti dalla lite, ha ritenuto che in appello *sorga una novella giurisdizione* la quale s' impossessa della contesa—che delle nuove spese sono a farsi—Quindi ha ragionato così « che la cauzione *judicatum solvi* ha per oggetto di assicurare il pagamento delle spese e de' danni interessi che possono esser pronunziati contro lo attore straniero medesimo; che in appello una nuova istanza dà luogo a novelle spese tra le parti, e che dimandando innanzi alla Corte la cauzione pria di qualunque altra eccezione siesi la parte uniformata alle disposizioni dell' art. 166 cod. proc. civ. »

Ha deciso così « condanna Stratton a fornire la cauzione nella somma di 500 franchi per assicurare il pagamento delle spese, e de' danni interessi a' quali egli potrà esser condannato»—(Corte Reale di Parigi 2. camera udienza de' 19 marzo 1838 causa Leboulanger contra Stratton).

N.° 508.

Appello inammissibile - Domicilio elettivo - Nullità

(v. n. 88, 89, 460, 410.)

Si era notificata una ordinanza del Presidente resa in *referè* — Nell' atto di tale intimazione vedeasi scelto domicilio presso un patrocinatore.

La parte notificata interpose appello dalla ordinanza, notificandolo alla controparte nel domicilio elettivo che trasse da quella notificazione.

La Corte Reale di Parigi in 2. camera cui fu presentato il *fine di non ricevere* tale appello, ha detto così

» considerando che ne' termini delle disposizioni del titolo unico del lib. 3 cod. d. p. c. (presso noi art. 520 procedura civile) l'appello debbe esser notificato a persona, o a domicilio *sotto pena di nullità* — Non vi è eccezione a questo principio generale, se non pe' casi preveduti dalla legge, e quando il legislatore siasi formalmente spiegato.

» che d' altronde la elezione di domicilio fatta nella notificazione della ordinanza non abbia punto lo scopo di autorizzare la significazione dello appello in tale domicilio elettivo

*

» dichiara irricettibile l'appello — Causa Morgan udienza del 26 marzo 1838,

N.° 509.

Ordinanza-Referè-Appello Termine-Distanze

(v. n. 251, 357)

I termini per la distanza prolungati non si applicano al caso di un appello che vogliasi interporre da ordinanza resa in *referè*.

Questa massima ha tratto la Corte Reale di Parigi dallo spirito dell' art. 809 c. d. p. c. (conc. art. 889 l.d,p.c.) nel quale è sancito che l'appello debba fra quindici giorni interporsi numerando da quello in cui la notificazione è avvenuta — Era stata a' 19 dicembre 1837 notificata una ordinanza resa dal Presidente in udienza di rapporti — La parte notificata interponeane appello il 6 di gennaio 1838, ed allegava che il termine decorso non fosse ancora, domandando l'*aumento per ragione di distanza*.

La Corte Reale di Parigi in 2. camera

» considerando che se il legislatore avesse voluto aumentare il termine in ragione delle distanze, lo avrebbe espresso così come lo ha fatto ne'casi preveduti dagli articoli 730 e 763 c. d. p. c. (conc. art. 815, 847 l. d. p. c. 134, e 175 *l. espr.*)

» dichiara irricettibile l'appello — Causa Keronatz 26 marzo 1838.

N.° 510.

Società-Conto-Quitanza-Errore, poscia iscoperto-Correzioni

(v. n. 55.)

Si era sciolta una società che era corsa in partecipazione — le parti vicendevolmente si erano quietate, e rinunziato aveano a qualunque reclamo *per errore che avesse potuto correre ne' conti*, esprimendo, che anche quando errori cosiffatti venissero ad iscoprirsi, se ne tratterebbe amichevolmente fra le parti, senza potersi ricorrere nè a magistrati, nè ad arbitri.

Errori, omissioni, e doppio impiego furono iscoperti —Quindi fu domandata la rettificazione innanzi al Tribunale di Commercio della Senna.

Il tribunale accoglie la domanda.

Appello —La Corte Reale di Parigi conferma.

Ricorso — per falsa applicazione dell'art. 1134 c. c. (concord. art 1088. l. c.) e per violazione degli articoli 1172 c. c., e 51 cod. di comm (conc. art. 1125 l. c. c., e 60 l. di eccez.) — imperciocchè venendo dalla legge conceduto a ciascuno il diritto di combattere la obbligazione fondata sullo errore non può a questo diritto rinunziarsi senza

scrivere una convenzione contraria alla legge e quindi una convenzione nulla.

La Corte

« considerando che la decisione impugnata ha ritenuto in fatto che le parti, dopo lo scioglimento della loro società, e dopo la liquidazione intiera della medesima avevano soffermato tutti i loro conti, e che per una convenzione portante fra loro una scambievole quietanza «*par un traitè à forfait ou ces comptes ètaient rappèles*» le parti eransi vicendevolmente assolute delle contese giudiziali, o arbitramentali per gli errori che avessero potuto commettere in tali conti — che per siffatte circonstanze questa convenzione « *traitè à forfait* » non può riputarsi contraria nè alla morale, nè alla legge, e che così la decisione impugnata non ha potuto violare, nè falsamente applicare gl'invocati articoli — *Rigetta il ricorso* »— (udienza del dì 13 febbraro 1838 causa Frèrol alla Cassazione di Parigi).

N.° 511.

Separazione di beni-Opposizione di terzo-Anno-Terzo possessore

(v. n. 16, 245, e 356)

Decorso l'anno ed osservate le forme per la pubblicità di una sentenza che la legge esige per una separazione di beni fra' conjugi, non può un credi-

tore esser ammesso a procedere come terzo opponente contra quella sentenza che pronunziò la separazione (art. 951 l. d. p. c.)

Il terzo possessore, cui il marito avea venduto lo immobile era ricercato dalla moglie del venditore separata di beni per un residuo di credito dotale—Rendeasi perciò opponente terzo al giudicato dl separazione—Ma era decorso l'anno preveduto dall'art. 95 l. d. p. c.—Dubitavasi che tardiva fosse la terza opposizione—e la Corte suprema di giustizia di Napoli in dicembre 1819, così come la G. C. civ., ritenne che l'art. 951 colpisse i *creditori del marito*, non già i *terzi possessori*.

N.° 512.

Avvocato—Confessione giudiziale

(v. n. 158)

L'avvocato che aringa alla pubblica udienza assistito dal patrocinatore rappresenta la parte—La confessione ch' egli può fare nel suo aringo si reputa fatta dalla parte istessa fino a che non sia disapprovata—Almeno non vi è contravvenzione alla legge quando i Giudici sul fondamento di siffatta confessione dichiarano il fatto sufficientemente giustificato—Cassazione di Parigi—causa *Allauze contra Delagueille* 16 marzo 1814—*Sirey* 14 1 296.

N.° 513.

Postliminium-Jus revocandi domum-Absentia Reipublicae caussa

Nello antico diritto Romano conosceasi il così detto *postliminium activum*, quello per lo quale *captivus reversus jura quae ante captivitatem habebat recipit* — (*v. Pothier pand. just. lib.* 49 *tit.* 15 *sez.* 1 *n.* 2.) — E Plutarco scrivea che colui il quale fosse *reversus per limen domus suae*, dovesse fingersi *reversus post limen per tegulas, et impluvium* (*Quaest. Rom.* 5.)

Avea d' uopo colui che invocasse questo beneficio una pruova positiva di fatto — Che egli nel momento in cui avrebbe dovuto sperimentare un diritto, e non lo sperimentò *erat apud hostes*, e che perciò egli era nella impossibilità di fare la tale cosa perchè trovavasi *coactus apud hostes*.

Nella legge 19 *cod. de postliminio* era scritto: *hoc requirendum utrum forsitan aliquis cum barbaris* voluntate *fuerit*, *an* coactus— e nella legge 24 *de captivis* « *hostes sunt quibus bellum publice populus romanus decrevit*, *vel ipsi populo romano* ». Il beneficio del postliminio però non si applicava nelle cause di fatto, atteso il principio *facti autem causae infactae nulla constitutione fieri possunt* (*l.* 12 § 2 *de captivis*) — *quod enim impossibile est*, *neque pacto*, *neque*

stipulatione potest comprehendi, ut utilem actionem aut factum efficere possit (*l.* 31 *de reg. jur*).

Papiniano dava l'esempio del comperatore: *Si emptor priusquam per usum sibi adquireret ab hostibus captus sit, placet interruptam possessionem postliminio non restitui, quia haec sine possessione non constitit — Possessio autem plurium facti habet*, causa vero facti *non continetur postliminio* — (*l.* 19 *ex quib: caus. major. xxv an.*)

Voet osserva così « *neque etiam jus postliminii ad ea pertinet quae apud hostes sunt*, *nisi fictione juris intelligantur retro in urbe facta esse*, *nec per hoc jus reintegrantur ea quae* facti, *sed ea tantum quae* juris *sunt* . . . *ac proinde non possessio quae in se spectata tantum facti est*, *si ea per captivitatem amissa est* (Voet ad pand. 6 49 15. n. 2. in fine) — Ma vedete le posteriori disposizioni del codice Giustinianeo sotto il titolo de restit. milit. et eor. qui reip. caus. abs., principalmente le leggi 3, 4, e 5, la prima delle quali tratta di usucapione, e la seconda *de possessione et distractione bonorum* — la terza *quadrien. praescriptione*.

Presso noi il Decreto del 14 agosto 1815, quello del 9 aprile 1816 e del 29 agosto 1816, e del 4 settembre dello stesso anno applicavano il beneficio *juris revocandi domum*, e tutelavano i diritti degli emigrati nel senso di postliminio.

In una causa da noi difesa diceasi avvenuta una compera-vendita nel 1804, e noi di tale vendita la nullità dicevamo derivar da mancanza di tradizione

e di possesso, dal perchè una consuetudine Napolitana definiva nullo il contratto di comperavendita non seguito da possesso fra l'anno dal giorno dell' istromento (cons. neap. 7 *si instr. vend.* de instr. conf. per cur. neap.)

Il comperatore difendeasi rispondendo che egli era un Ufiziale de' Regali eserciti —che egli fra l'anno dal 10 marzo 1804 al 10 marzo 1805 nel senso della consuetudine, se non avesse preso il possesso, non perciò rimarrebbe pregiudicato — che egli era stato assente per cagione de' suoi militari dissimpegni.

Noi rammentavamo il trattato di pace conchiuso ad Amiens nel 25 marzo 1802 —seguivamo la cronologia de' fatti istorici coevi al marzo 1804, e vedevamo pace in Europa—chè a' 15 febbrajo 1804 il corpo legislativo in Francia era straordinariamente convocato per le personali cure di Napoleone —a 3 maggio 1804 egli faceasi proclamare Imperatore de' Francesi — il 18 maggio 1804 facea decretare il Senatoconsulto organico corrispondente — prendea la corona—cangiava la Repubblica Cisalpina in Regno, ed anche di questo prendeva il 26 maggio 1805 in Milano il diadema come gli antichi Re Longobardi—L'Austria reclamava la osservanza del trattato di Luneville che dicea da questi ultimi avvenimenti violato, ed armava sulle pianure di Marengo, sulle frontiere del Tirolo, e delle provincie Venete dell'Austria—Buonaparte movea le armate sue in Allemagna ed in Italia.

Ma in mezzo a tutti questi preparativi di guerra

mentre a 11 aprile 1805, la Russia, l'Inghilterra, l'Austria, e la Svezia faceano alleanza, il 21 settembre 1805 il Ministro Plenipotenziario del RE di Napoli e di Sicilia firmava in Parigi un solenne trattato di neutralità, lungi ogni idea di dichiararsi per la guerra.

Dicevamo adunque che lo stato di questo Regno dal 10 marzo 1804 al 10 marzo 1805 fosse uno stato di pace, e per lo trattato di Amiens che precede il 10 marzo 1804, e per lo trattato di neutralità che è posteriore al 10 marzo ed è dello stesso anno 1805—Un Capitano del RE N. S. non poteva adunque dirsi in quella epoca *apud hostes*, perchè il nostro RE non aveva guerra con chicchessia—Rammentavamo la legge 24 *de captivis*, e la l. 19 c. de postlim., ed a quelle attenendoci negavamo la pertinenza dell'invocato beneficio.

La G. C. civ. avendo accolto nel dì 11 aprile 1836 le nostre difese, fu interposto ricorso avverso le decisione — e la suprema Corte si espresse così:

» Osserva che ne' primi mezzi del ricorso declamavasi per la pretesa violazione del postliminio e si è declamato ne' posteriori pe' favori accordati agli assenti *reipublicae causa*—Che rispetto al primo il privilegio non era altrimenti accordato, se *non quando nel momento dell' apertura della vindicazione o della conservazione del diritto* i militari si fossero trovati detenuti *apud hostes*: *ut qui per injuriam ab extraneis detinebatur, is ubi in fines suos rediisset pristinum jus suum reciperet* (l. 16 de capt. et postl. revers.) — che rispetto al

secondo lo sperimento del privilegio dipendeva dalla cagione dell'assenza, cioè *reipublicae causa*, quale cessando, sperimentar doveasi il diritto tra l'anno utile a termini della legge 3. cod. de rest. milit. et eor. qui reip. caus. absunt « quod tempore militiae de bonis alicujus possessum ab aliquo est: postea quum is reipublicae causa abesse desiit, intra annum utilem amota praescriptione temporis medii possessionem vindicare permissum est: ultra autem jus possessoris laedere contra eum institutum non oportet ».

» E che nella specie mancava qualunque base alla invocata restituzione in integrum—mancava lo stato di guerra—mancava lo stato di prigionia *apud hostes*—mancava l'assenza *reipublicae causa*, mancava infine una iniziativa tra il quadriennio per lo sperimento dello immaginato diritto alla immissione, o alla reintegrazione nel fondo ».

Rigettò il ricorso —Corte suprema di giustizia di Napoli 31 agosto 1837 causa—*Cito* e *Bellucci*.

N.° 514.

Muro in contiguità — Comunione desiderata — Vicino — Pubblico edifizio — Fabbrica — Mitoyenneté

Una disposizione generica dello articolo 582 leggi civili dà ad *ogni proprietario* in contiguità di

un muro la facoltà di renderlo comune in tutto o in parte, rimborsando al padrone la metà del valore di quello.

Gli edifizî pubblici posson trovarsi elevati così che in contiguità si trovi al loro contatto una proprietà, e che al padrone di questa venga il pensiere di fabbricar attaccando l'edifizio suo, innestandolo col muro esterno del pubblico edifizio—Divien allora interessante la ricerca del se questo diritto competa o no—Abbiam noi avuto occasione di discutere nel Consiglio d'Intendenza la quistione; poichè il *ponte della Maddalena* ha contigua alla sua base una terra di privata appartenza, ed il privato che n'è padrone ha chiesto metter là sul confine un suo edifizio che avrebbe voluto innestare sull'esterno muro del ponte, edifizio pubblico; ond'è che desiderato avrebbe invocando l'art. 582 l. c. render comune il muro parapetto del ponte istesso.

Il Consiglio a nostro rapporto ha elevato la sequente *quistione*—È applicabile o no l'articolo 582 leggi civili al caso di un privato che render voglia comune il muro del Ponte della Maddalena e'l parapetto della strada su di quello?

Ha considerato « che le servitù stabilite per la utilità pubblica, o comunale, e tutto ciò che concerna questa specie di servitù, non va con le regole generali governato dalle leggi di diritto privato—rientra ne' principî sostenitori del diritto pubblico particolare, e va da speciali leggi e regolamenti risoluto—Il legislatore mentre ha dettato l'art. 582

l. c. ha premesso negli articoli e 571, e 572 delle leggi medesime questa idea, per la quale tutto ciò che risguardi costruzione o riparazione di strade, tutto quel che risguardi opere pubbliche o comunali, (espressioni dello art. 572 l. c.) non può dipendere in materia di servitù dalle teoriche delle leggi civili, quando il privato le alleghi chiedendo contra la pubblica Amministrazione quel che chieder potrebbe contro a qualunque privato nel caso istesso. —Del *privato* ogni muro in contiguità col vicino sorge con tale destino, che fin dal primo suo nascere se ne intende venduta al vicino la comunione al primo apparire della sua volontà di comperarla, al primo apparir dell' offerta di valori —Del pubblico edifizio, della pubblica strada esser non può lo stesso, come non è lo stesso nè il principio motore delle leggi, nè la positiva disposizione di esse in linea di diritto pubblico ed in linea di privato diritto.

Ha ritenuto il Consiglio esser canone inconcusso che il *demanio* non sia men *libero*, appunto per ciò ch' è all' uso di tutti que' che ne usano jure civitatis, e non come *per diritto proprio e privato* — idea la quale sospinge all' altra che le azioni derivanti *dal diritto di servitù* non possono invocarsi contra lo Stato e contra i comuni indistintamente pe' beni ch' essi abbian d' indole pubblica, o Comunale inalienabili

Ha analizzato esser tali i dettami della legge positiva

» 1. le quistioni tra'l privato e l' Amministrazio-

ne se risguardino pubblici edifizi, pubblica strada, son giudicabili dalle autorità del contenzioso amministrativo (*art.* 6 7 *l.* 21 *marzo* 1817).

» 2. all' Amministrazione civile appartiene la facoltà di fare e pubblicar regolamenti locali di polizia urbana e rurale (197 *l.* 12 *dic.* 1816) — ed uno degli oggetti della urbana polizia è la vigilanza sulla conservazione delle strade, delle piazze, de' pubblici stabilimenti (378 *cit. legge.*).

» 3. alla Città di Napoli fu riserbato il « *permettere*, o *vietare* l' apertura di botteghe, lo stabilimento di fabbriche che sporgano sulla pubblica strada » (83 *l.* 12 *dic.* 1816.)

» 4. al privato fu permesso far costruzioni e variazioni su' fondi suoi posti a fronte o confine delle pubbliche strade nel territorio del Comune di Napoli, ma sotto due condizioni 1. che il suolo *pubblico*, o *l'aria di esso* non venissero *occupati*—2. che non si cagionasse *degradazione* nella pubblica strada (*decr.* 10 *gennaro* 1832 *art.* 1 2).

» 5. al Corpo Municipale di Napoli fu comandato *d'impedire ogni occupazione di suolo pubblico* sotto qualunque forma e per qualunque oggetto, *ed ogni degradazione*, *pericolo*, o impedimento *permanente* nelle pubbliche strade—All' autorità Municipale fu ordinato di verbalizzare, *di far rimettere amministrativamente le cose nello stato in cui prima si trovavano*; di procedere per le multe e pe' danni interessi (*art.*5 *decr.* 10 *Gen.* 1832).

E alla Città fu dato il concedere *dopo ricognizione* la licenza di alzar una pianta per costruire

a fronte di una strada nuove mura—ma nel regolamento annesso al decreto del 10 gennajo 1832 che ciò esprime, il legislatore rinvia al Decreto istesso, ov' è l'art. 5. testè analizzato—ond' è che la occupazione di *suolo* pubblico *o aria di esso* va sotto inteso che form' il primo ostacolo alla licenza, e la *degradazione* nella pubblica strada ne formi il secondo, appena si rilevi una delle due circostanze mercè quella *ricognizione preventiva* che alla Città è comandato pratticare quando sia richiesta ad essa tale licenza—A prescindere da ciò sta scritto nel Decreto medesimo « *ogni altra concessione* non potrà esser fatta senza un nostro Decreto, e nelle forme prescritte dalla legge del 12 dicembre 1811 ».

Ha osservato che nè il Decreto del 10 di Gen. 1832, nè il regolamento a quello annesso permettendo alla Città di dar licenza per ergere un edifizio, la parete del quale collocata perpendicolarmente sulla parete parapetto del Ponte andasse ad occuparla, forza è conchiuderne che la Città attenendosi allo art. 5 del Decreto, debba amministrativamente *impedir* la occupazione e la degradazione, e possa amministrativamente *far rimettere le cose nel suo stato primiero*, appena il privato osasse di fare alcuna novità appoggiando fabbriche sul muro del ponte, sul parapetto della strada ch' è da quello sostenuta, procedendo per la multa e pe' dann' interessi — forza è conchiudere che il privato attenendosi allo art. 6 del Decreto 10 Gen. 1832 debba all' Augusto Sovrano chieder, se così al RE Signor nostro piacesse di disporre, una speciale concessione.

Applicando siffatti principî il Consiglio ha osservato « che per ora il Decurionato ritenga in punto di fatto che le costruzioni progettate costituirebbero *occupazione del ponte e della strada*, *occupando il parapetto di essa*, ond'è giusto quel che a maggioranza di voti ha deliberato, di negarsi cioè il permesso al privato di costruir fabbriche, di render comune a lui il muro che forma parapetto sostenuto dal muro esterno del ponte della Maddalena — ma che questa *occupazione* e questa *degradazione* son idee relative al modo di esecuzione, a' progetti, a' disegni, che sotto le alte vedute di Sua Maestà a'termini dello art. 6 del decreto 10 gennajo 1832, vanno soggette alla sola Sovrana sua definizione, al sacro suo volere, da cui dipender dee l'accordarne o il denegarne la concessione.

Per siffatti motivi è stato di avviso così—« omologarsi il voto della maggioranza espresso nella deliberazione decurionale del 28 marzo 1838 — Salvo al privato di poter esporre a S. M. le sue preci, onde implorare dal RE nostro Signore una concessione speciale, se tanto sia che ne'termini dello art. 6 del Decr. 10 genn. 1832 volesse la M. S. Sovranamente compartirgliela.

Rescriversi al Sindaco di Napoli che amministrativamente, e fino a Sovrana contraria risoluzione vieti qualunque attacco di frabbrica privata sulle fabbriche del ponte della Maddalena, e ne cerziori il privato, onde sia costituito ne' termini di legge contravventore in caso d' inosservanza — caso nel quale sia nel dovere il Sindaco di confor-

marsi rigorosamente all' art. 5 del Decreto 10 gennajo 1832, sì per far rimettere le cose nello antico loro stato amministrativamente, come per procedere ne' modi legittimi per le multe, e pe' danni interessi»—(Consiglio d'Intend. di Nap. 29 di maggio 1838).

N.° 515.

Casa Regale-Ipoteca legale

Una grave quistione si presentò per definire se all'Amministrazione de' beni di Casa Reale, e siti Reali competesse *la ipoteca legale sopra i beni de' suoi affittatori, o gestori.*

La terza camera della Gran Corte civile di Napoli ritenne l'affermativa nel dì 31 ottobre 1831 ad occasione del giudizio di graduatoria a carico del Tesoriere del Real sito di Caserta D. Raffaele Laudieri dichiarando « che all'Amministrazione di Casa Reale, e per essa al suo cessionario Calvarola *competa il diritto di esercitar la ipoteca legale contro il contabile* Laudieri in forza delloarticolo 2007 delle leggi civili —a qual effetto il credito del suddetto Calvarola sia graduato con la epoca della inscrizione del 22 dicembre 1819 ».

I giudici del merito nell'adottare tal principio, presero principalmente per guida l'articolo 4 della legge del 21 marzo 1817 ove son fissati i confini tra 'l potere giudiziario, e l'amministrativo — Osservarono che ivi comprendeasi fra gli *oggetti di*

pubblica Amministrazione ciò che appartenga allo Stato, a' Comuni, agli Stabilimenti pubblici, e per assimilazione alla *Casa Reale*, ed a' siti Reali; dalla qual cosa trassero che nelle disposizioni e nel linguaggio della legge, sempre che si nomini *lo Stato*, debba intendersi compresa la Real Casa, ed i Reali siti, giacchè fatta una volta l'assimilazione fra questi esseri morali, non si poteva, senza taccia di manifesta violazione della legge, distaccare gli uni dagli altri.

Trassero inoltre da ciò per la più legittima illazione, che pubblicate nel 1819 le leggi civili, quando nell'articolo 2007 si accordò ai beni *dello Stato* la *ipoteca legale sul patrimonio de' suoi contabili*, s'intese di accordare altrettanto *ai beni della Real Casa, e de' siti Reali*, avendo già il legislatore in una legge di pubblico diritto precedentemente dichiarato, che per assimilazione questi beni erano eguali — Se la legale ipoteca si applica allo Stato, ai Comuni, agli Stabilimenti *per la sola ragione di appartenere i di loro beni alla pubblica Amministrazione*, non si potevano certamente sottrarre da questa legge i beni della Real Casa, e de' siti Reali già precedentemente diffiniti, e posti nella classe medesima.

Purtuttavolta, obbiettandosi che il legislatore soppresse le parole *Real Casa e siti Reali* nell'articolo 2007 — e che la legge del 1817 scritta per le materie del contenzioso amministrativo non potesse estendersi a risolver quistione di diritto ipotecario, i giudici del merito vagliaron la forza di tali argomenti così

« Diffinito una volta che tra i beni dello Stato si comprendano per assimilazione quei della Real Casa, e de' siti Reali, non era più mestieri che il legislatore s' impegnasse a ripeter sempre la stessa cosa.

» Dello stesso calibro è l' altro argomento pel quale la legge del 1817 si vorrebbe ristringere per Casa Reale alla sola giurisdizione del potere amministrativo. In tal modo si scambia volontariamente *lo effetto* con *la causa*. È un *effetto* di essere stati classificati i beni della Casa Reale tra quelli dell'amministrazione pubblica, il divenir sottoposti per alcuni casi al potere amministrativo; ma la *cagione* di ciò dipende dal principio generale, e di pubblico diritto, spiegato nell' art. 4. in cui *son diffiniti i beni di Amministrazione pubblica.* E poichè dopo la diffinizione doveva l'autore della legge spiegare le conseguenze in quanto al solo oggetto che l' occupava di distinguere, cioè i confini de' due poteri, così venne in seguito a parlare degli effetti del potere amministrativo anche in rapporto alla Real Casa; *ma non sorge da ciò una limitazione alla generica diffinizione.* »

Cosiffatto ragionamento della G. C. era in pari tempo affiancato da diversi concetti

1. mancherebbe del tutto il grande oggetto di quell' assimilazione, se dovesse solo esser ristretto ad una *conciliazione* nelle cause passive, e ad una *autorizzazione* nelle attive.

2. il Regal Decreto del 2 gennajo 1822 dichiarò di doversi ritenere la legge del 1817 come costituente il diritto pubblico nel nostro Regno, dovendo servir

di norma alla interpetrazione di ogni altra legge.

3. anche pria della legge del 1817 si era sempre quest'assimilazione ritenuta in tutte le circostanze—così in Decreto del 5 ottobre 1808 fu creata una Commessione per esaminare la regolarità delle vendite dei beni dello *Stato*, e della *Casa Reale*

4. sparsa in varî decreti è l'aura di quell'assimilazione di principî rispetto a'beni della Real Corona, (e su di ciò rinvia al decreto medesimo del 5 ottobre 1808, ed a que'del 30 novembre, e 20 dicembre 1811; ed all'articolo 10 del Real decreto del 1817).

5. altro argomento veniva nella causa dal fatto che la G. C. ritenea così

« Ha considerato che quello che più da vicino concerne la causa attuale si è che nel contratto del 31 agosto 1819 le parti spiegarono la legge del 21 marzo 1817 nel suo vero senso, cioè in quello che *l'assimilazione* ivi dichiarata rendesse i Ricevitori e contabili della Real Casa soggetti *a tutte le obbligazioni de' depositari di pubblico danaro*, *e fra le altre alla ipoteca legale su tutt'i beni*—che in forza di questo contratto, e contra Laudieri Tesoriere e Ricevitore di Casa Reale l'Amministrazione di Casa Reale inscrisse la ipoteca legale nel 22 dicembre 1819, di poi utilmente conservata—che non solamente i creditori posteriori a questa inscrizione erano avvertiti e della qualità del loro debitore, e della dichiarata assimilazione, e della spiega data a quella legge dalle parti contraenti; ma dippiù essi medesimi, e specialmente Barbera, priachè l'attuale disputa sorgesse, cioè nel 1827 manife-

starono una conoscenza pienissima, sia de' diritti di Casa Reale, sia de' doveri del suo Ricevitore Laudieri, sia della dichiarata assimilazione, sia in fine delle conseguenze di essa ».

Così decisa la causa dalla G. C. fu interposto ricorso alla S. C. di giustizia per la ipoteca legale attribuita all'Amministrazione di Casa Reale, ed i motivi del ricorso furon tratti da che non trovandosi esplicitamente conceduto il privilegio nell'articolo 2007 all' Amministrazione di Casa Reale, non potevano i giudici accordarlo senza violare l'articolo stesso — e da che trattandosi di una eccezione alle due regole fondamentali del sistema ipotecario, l'articolo 2007 poteva e doveva essere interpetrato in senso restrittivo, e non già ampliativo a segno di estendere il privilegio ad un caso che in esso non è scritto — per la qual cosa diceasi violato l'art. ottavo delle leggi civili — a ciò aggiugeasi fra l'altro la G. C. aver male interpetrato l'articolo 4.° della legge sul contenzioso amministrativo di marzo 1817, poichè quello non mira alla idea di dare alla Real Casa una legale ipoteca, ma *assimila ad essa lo Stato soltanto per quel che riguarda competenza* — non avere la G. C. fatto la distinzione di beni fiscali, patrimoniali, e particolari — essersi nel contratto fra Casa Reale e Laudieri detto competer alla medesima il privilegio — la Gran Corte aver valutato quella dizione come una spiegazione della somma potestà, ed avere in ciò violato il diritto nostro politico, dal quale appare in qual modo debba esser fatta la interpetrazione autentica.

La Corte suprema discusse così

« 1. essendosi fatta la quistione se alla Casa Reale competesse la ipoteca legale per la malversazione di un Amministratore, si potrebbe desumere la negativa dal solo articolo 2007 leggi civili, mentre nelle altre norme delle stesse la limitazione non potrebb' essere conciliabile?

« 2. la legge di marzo 1817 con la dichiarazione che l'amministrazione di Casa Reale valesse non altrimenti che le Amministrazioni dello Stato, potrebbe detta legge intendersi per lo solo oggetto della competenza; o si distinguerà l'oggetto della medesima da' principj in maggior conferma indicati?

« 3. potrebbe alcun dire nella evidenza di detta legge pe' dichiarati privilegj di Casa Reale, che gli stessi si vedessero dettati per la sola competenza, poichè si trattava di assimilazione, e non d'identità?

« 4. non negandosi che nel sistema ipotecario uno degli elementi principali ne sia la pubblicità, e la medesima esistendo, potrebbe alcuno nel contrattare con persona già obbligata con ipoteca legale giudicare da se della qualità della ipoteca, o nella negativa si dovrebbe dire che abbia voluto correrne il rischio da lui stesso voluto?

« 5. trattandosi di una ipoteca legale potrebbe mai riconoscersi che la medesima non dovess'essere trasmissibile, perchè privilegio personale, o nel rincontro deve valere la massima che li diritti reali non si confondano co' privilegi personali?

La suprema Corte ragionò così

Sulla 1. « che in ogni civile legislazione sia egli

stato inquistionabile di non doversi le leggi limitare a particolari vedute, dove il volere della legge siasi precedentemente in modo chiaro spiegato, o dove la limitazione potesse ledere le precedenti disposizioni non reiterate nelle consecutive determinazioni. Infatti quistionandosi nella specie, se la ipoteca legale si potesse negare alla Casa Reale, perchè non menzionata nel comma quarto dell'articolo 2007 leggi civili, potrebbe alcuno desumere che il silenzio relativamente al Tesoro Reale, che sebbene nello articolo 1977 dette leggi ci si vedesse un privilegio su de' mobili, sugl' immobili, ed una ipoteca su de' beni del contabile manchevole, ciò non ostante non dovesse valere per la ipoteca se non la contrattuale, dappoichè non menzionata nel già detto articolo 2007, ed ecco una quistione per altro leggiera, occasionata da qualche scettico per lo silenzio del ridetto articolo 2007, anche relativamente al Real Tesoro. Quindi non sempre il silenzio può esser di regola, particolarmente dove ce ne siano delle norme preesistenti, altrimenti la occasione ben biasimevole col sistema di vedute isolate; mentre le leggi in alcuni rincontri, non per oscurità, o per diversa disposizione, ma per un contegno, si manifestano senza reiterate spieghe. Laonde data la esistenza di esserci la ipoteca legale per la Casa Reale relativamente alla malversazione de' suoi Amministratori (di che nel prosieguo) e data la possibilità de' piati ne' litiganti anche contra la evidenza delle precedenti disposizioni della legge, n'è di conseguenza che lo articolo 2007 non possa aversi per limitativo nelle ipoteche le-

gali nell'oggetto delle Amministrazioni pubbliche, e che la norma valesse con le altre leggi sull' oggetto medesimo.

Sulla 2. « che sebbene la legge di marzo 1817 si vedesse dettata per la distinzione della giurisdizione del potere ordinario dallo amministrativo, ma non è men vero di essersi dettati in quel rincontro de' principj di una qualità non più scambiabile in altre diverse circostanze. Infatti, leggendosi nella detta legge che l'Amministrazione di Casa Reale s' intendesse assimilata alle pubbliche Amministrazioni di non private proprietà, ci sarebbe un assurdo, ed una contraddizione che sebbene si trattasse di Amministrazione, la qualità di pubblica Amministrazione dovesse valere per la sola competenza, e non per la ipoteca legale, mentre la ipoteca legale salva da'pericoli di una malversata gestione, e la competenza si riduce nello affidarne solamente lo esame al potere amministrativo. Da ciò è chiaro che la legge manifestò i privilegi della Casa Reale nell'oggetto dell'Amministrazione de' contabili; conseguentemente, esistendo detta legge senza deroga nella pubblicazione delle leggi civili, non vi era d'uopo di altre indicazioni nello articolo 2007 ridette leggi civili.

Sulla 3. « che lo assunto del ricorrente, cioè di essere stata la legge del 1817 per la Casa Reale al solo oggetto della competenza pe' termini di assimilazione, e non d' identità, ne incontra gli ostacoli di massima evidenza — Infatti l' assimilazione ci doveva essere per la differenza delle proprietà dello Stato, da quelle di particolare proprietà del nostro

Re e Signore; ma nello esercizio de' diritti della proprietà privata ne volle con massima savièzza li medesimi privilegî ed ipoteche legali, onde allontanarne ogni pericolo, e perdita; quindi l'assimilazione prevalse alla qualità della proprietà, ma nell'Amministrazione uno essendone l' oggetto, in qual modo se ne potrebbe negare la identità?—Indi supponendosi per momenti che se ne potesse dare la detta spiega, quale assurdo maggiore non si rinverrebbe, di supporsi nel meno fatta la dichiarazione per la incompetenza; e poi nell' oggetto più facile, e più pernicioso si volle scindere la dichiarazione nella ridetta legge 1817?—Nò—la legge in massima, e con contegno spiegò li privilegî ed ipoteche legali alla salvezza delle Amministrazioni ai pericoli esposte, e da valere come ragion pubblica per le amministrazioni de' contabili di Casa Reale, senza l'uopo di altre reiterazioni, esistendo detta legge—Nel tempo istesso sebbene la suprema Corte avesse rilevato che il sistema ipotecario e di conservazione valesse per oggetto di ragion pubblica benanche; ma nel suo esame non ha potuto scindere le vedute di giustizia verso le amministrazioni de' contabili, nell' oggetto di malversazione, garantite dalle inscrizioni di pubblicità; prevalendo in siffatte circostanze de' doveri di giustizia con chi ne abbia voluto per se il rischio—In siffatta circostanza con un contrario sistema si resisterebbe alle vedute di ogni dialettica, alle leggi, ed alla giustizia— In fatti rimarrebbe paralizzata la ragione, che in una legge di salvezza delle Amministrazioni della Casa Reale si pensava almeno, cioè alla compe-

tenza, e non alla ovvia, e perniciosa occasione delle amministrazioni de' contabili — si resisterebbe al vero valore delle leggi di attribuire la ipoteca legale pe' contabili di dette pubbliche amministrazioni, e la malversazione essendo la causa della detta ipoteca legale, ma se nel fatto con un silenzio l'avesse esclusa, si resisterebbe alla giustizia, con dare la occasione ai contabili di non esserne tenuti in freno, senza la idonea cautela della ipoteca legale — Laonde in conchiusione le vedute riportate formando un volere della legge, è chiaro ed evidente di doverci essere per l'Amministrazione di Casa Reale ogni qualunque precauzione, il sistema di un silenzio per la esclusione della ipoteca legale guiderebbe alla riprovazione da' Giureconsulti Romani adottata, e da ogni civile legge — *Verba legis amplexus saeva formidine verborum contra ejus nititur voluntatem*; e da ciò la evidenza di esservi la legge per la ipoteca legale nell' oggetto in esame esclude la violazione del sistema ipotecario; il che sempreppiù si rileverà dalla discussione in fatto relativamente alla stessa causa attuale nel consecutivo esame.

Sulla 4. » che Laudieri per l'Amministrazione de' cespiti della Real Villa di Caserta si obbligò egli nel 1819 ne' termini d'ipoteca legale, ed accettò che la Casa Reale per assimilazione ne aveva detta ipoteca; e ne' termini medesimi se ne prese la iscrizione — dove quindi Barbera (che di poi contrattò col medesimo) potette esserne deluso? E gli sarebbe giovevole, non ostante il fatto esposto, di aver egli giudicato che mancando nella stipulazione la ipoteca speciale, non ne poteva essere

leso? Nò certamente, dappoichè delle leggi ne giudicano i Magistrati, e non già i particolari—Conseguentemente il sistema ipotecario non incontra nella causa attuale alcuna lesione, ed esso Barbera deve stare al rischio al quale si volle esporre.

Sulla 5. « che per le norme dello antico e nuovo diritto, sebbene valesse la massima che i privilegj personali non si dovessero considerare per trasmissibili, ma non così per li diritti reali che ben ad altri si possono cedere, e da ciò nella legge 68 *de regulis juris*, che il genere dell'azione ne forma l'oggetto della trasmessibilità, e nelle nuove leggi la stessa massima se ne rileva negli articoli 1901 e 1985 leggi civili, conseguentemente non egli è d'uopo di altra occupazione ».

La Corte suprema rigetta il ricorso—(causa Casa Reale e Barbera 28 novembre 1837).

N.° 516.

Possessorio—Titolo—Servitù discontinue e non apparenti—Giudice—Competenza

(v. n. 167, 451, 500.)

Ecco le ultime notizie di giurisprudenza francese circa la competenza del Giudice Regio in quanto allo esame ch'egli può fare del titolo *incidenter* per definire *principaliter* sull'azione possessoria in servitù discontinua e non apparente.

« Attesochè in materia di quistione possessoria

ne' casi in cui il possesso non basti per indurre la proprietà, malgrado il corso di tempo capace ad operare prescrizione, non può esser lecito ammettere l'azione se non quando *il possesso abbia avuto luogo in virtù di un titolo*, così che abbia acquistato la caratteristica di *possesso legittimo esclusivo di qualunque sospetto di semplice tolleranza* — Ond' è che al giudice del possessorio sorge la necessità di *valutare il titolo invocato come base legale del possesso*.

» Atteso che da questa necessità non deriva pel giudice del possessorio nè diritto nè dovere di *pronunziare* sulla validità del titolo in quanto al merito *del diritto* — nè d' immergersi in lunghe e dispendiose instruzioni per eliminare o per ammettere le obiezioni proposte contro del titolo — Basta ch' egli riconosca la *esistenza del titolo*, e che lo valuti per *determinare la qualità del possesso*, riserbando al petitorio tutt'i diritti salvi alle parti contendenti—Rigetta—Cassaz. di Parigi 8 maggio 1838 causa *Clement*, *Alquier*, *Bourgeret*.

N.° 517.

Testamento—Penale—Interpetrazione Disponibile

(v. n. 361)

» Se alcuno de' miei figli ricuserà di conformarsi a questa mia disposizione, e la metterà in conte-

stazione con un atto di procedura qualsivoglia , dichiaro da ora per allora privarlo della quota di beni di cui la legge mi permette disporre, accrescendo tale quota agli altri miei figliuoli » — così leggeasi nel testamento.

Un de' figli non si oppose formalmente alla prestazione de' legati che domandava in giudizio il germano — domandò solo in via di eccezione che si sospendesse la prestazione de' chiesti legati fin quando la divisione giudiziariamente facendosi non si conoscesse il valore dell'asse , e non venisse pruovato che la quota disponibile non fosse pe' legati medesimi oltrepassato — soggiunse che nel caso in cui i legati sboccassero al di là della quota disponibile , egli chiederebbe la riduzione dei medesimi.

Si dubitò se questa specie di difesa importasse la decadenza comminata dal testatore.

La Corte di Lièges risponde che questo figlio non abbia inteso di mettere in contestazione il testamento — che egli abbia inteso di volerlo eseguire sotto condizione purchè la quota disponibile non si trovasse oltrepassata (*11 giugno 1836*).

Ricorso per violazione degli articoli 902,913,919 cod. civ. (818, 829, 835 l. c.)

La Corte di Cassazione del Belgio ha ragionato così

» si è chiesto che la provvisoria consegna dei legati venisse sospesa fino a che il valore della successione fosse legalmente determinato, mirando all'unico scopo di verificar se tali legati eccedessero o no la quota disponibile, sotto riserba di provocare

la riduzione, se l'eccesso oltre la disponibile venisse a documentarsi

» queste conclusioni non inducono in alcun modo contestazione contra al testamento — anzi implicitamente dichiarano che s' intenda conformarvisi fino alla concorrenza della quota disponibile — quindi non si è fatto che usare di un diritto il quale non potea dal testatore involarsi a' figli suoi

» la opposizione al *rilascio de' legati* fu la conseguenza della domanda di apprezzo — domanda che potea farsi senza incorrer nella penale comminata dal testatore

» la decisione impugnata non ha fatto che interpetrare, e questa interpetrazione sovrana si concilia perfettamente con lo spirito degli articoli 902 913 919 c. c. (818, 829, 835 l. c.) lungi dal violargli, è sottratta alla censura della Corte di Cassazione — Rigetta — 22 giugno 1837 Cassazione del Belgio — causa Tornaco.

N.° 518.

Ipoteca — Beni futuri — Inscrizione necessaria

(v. n. 179, 337, 330, 437.)

Una recente notizia di giurisprudenza del Belgio richiama la più seria attenzione sulla necessità d'inscrivere a misura che i beni al nostro debitore arrivino, se così contrattammo che egli esprimendo

la insufficienza de' suoi beni presenti dava a noi quella ipoteca di beni futuri che è nell' art. 2016 l. c. permessa.

Il caso presentato a quella Cassazione era il seguente.

Si eran dati in ipoteca *i beni futuri* — La formola era « attesocchè gl' immobili attuali sono insufficienti . . . . gl' immobili che loro perverranno in seguito o a titolo gratuito, o a titolo oneroso, resteranno ipotecati per cautela della presente obbligazione, a misura che ne perverrà il possesso, e promettono stipularne atto di nuova ipoteca alla prima richiesta de' creditori » — vedeasi inscritta il 22 luglio 1823 questa ipoteca.

Pervengono immobili di nuovo acquisto — Una ipoteca convenzionale è stipulata nel 9 di luglio 1827 a vantaggio dello stesso creditore — Egli va ad inscrivere il 12 luglio — ma il debitore fallisce, e la fallita vien dichiarata retroattiva al giorno 11 maggio; di tal che rimane inutile e la seconda ipoteca del 9 luglio, e la seconda inscrizione del 12 luglio 1827 — allora il creditore sostiene la efficacia della prima ipoteca già impressa ne' beni futuri—La quistione allora a nome de' Sindaci si eleva dicendosi che questo creditore unicamente agir potesse sopra que' beni che erano nel dominio del suo debitore, ossia nel 5 luglio 1823 col rango ipotecario del 12 di quel mese, secondo la data della prima inscrizione.

Sentenza che dichiara vana la inscrizione ipotecaria del 12 luglio 1827.

Appello da parte del creditore — Nel 12 marzo la Corte di Liège conferma la sentenza.

Ricorso per violazione dell' art. 2130 cod. civ. (conc. art. 2016 l. c.) combinato con gli art. 1179 e 1174 c. c. (conc. art. 1132, 1127 l. c.) E ragionavasi così

1. l' arrivo di nuovi beni al debitore non è che l'adempimento della condizione sotto di cui ne fu contratta la ipoteca — la condizione adempiuta agisce retroattivamente sulla obbligazione— Dunque la ipoteca risale al 1823, epoca nella quale sotto quella condizione che pervenissero, furon sottomessi i beni alla obbligazione — e quì citavasi *Favard de Langlade* (Répert. tom. 2. pag. 738 edit. di Parigi del 1823).

2. convenuta la ipoteca su' beni futuri, non può dirsi necessaria al creditore una inscrizione a misura de' nuovi acquisti, perchè si renderebbe vano l'art. 2130 c. c. quando si ammettesse tale necessità —Altronde una obbligazione autorizzata dalla legge diverrebbe potestativa, e la obbligazione diverrebbe nulla secondo l'art. 1174 cod. civ. (art. 1127 l. c.) imperciocchè dipenderebbe dal debitore lo stipulare o no il secondo contratto — e quando il creditore lo costringesse a stipularlo, perchè avesse pattuito di fare ciò ; egli avrebbe la risorsa di vendere gl'immobili di nuovo acquisto, e rendere illusoria la promessa d' ipoteca su' beni futuri.

Rispondeasi che il sistema ipotecario fonda sulla ispecialità; e che questa vacillerebbe quando si permettesse che tutt' i beni del debitore a misura degli acquisti divenissero gravati da ipoteche — e reste-

rebbe colpito il sistema della *pubblicità* concedendosi ipoteca su quello immobile che secondo le inscrizioni è scevro da speciale ipoteca—Il terzo possessore dell' immobile di nuovo acquisto non può risentire gli effetti della ipoteca, se non dal giorno in cui la può vedere e conoscere per mezzo della inscrizione.

Il pubblico Ministero osservava che quando il 26 ventoso anno XII. il Sig. Grenier presentava il rapporto al Tribunato sull'art. 2130 cod. civ., egli esprimea così « se i beni presenti e liberi del debitore fossero insufficienti per assicurare il credito, il creditore può sotto, condizione che esprima tale insufficienza, acconsentire a ciò che tutt'i beni un per uno come egli ne acquisterà divengano ipotecati al credito *à mesure des acquisitions* » — e dopo aver formolato l' art. 2130 del codice civile, Grenier aggiunge queste parole che ne rilevano tutta la importanza « quantunque allora non esista ipoteca in favore del creditore su' beni futuri se non a contare dal giorno di ciascuna inscrizione, vedesi nondimeno in ciò una facoltà utile . . . . . ec. » — Desumea quindi da ciò il P. M. che la Commessione di legislazione avesse inteso di sottoporre i creditori all' obbligo di prendere inscrizioni successive, e rifletteva che il rapporto del Sig. Grenier servì di esposizione al voto del Tribunato per l' adozione della legge—(rinv. a Locrè ed alle note messe in fine della esposizione de' motivi sull' art. 2130).

Osservava che le Corti fossero state discrepanti sulla quistione del se la *ipoteca giudiziale* valer

potesse come la *ipoteca legale* mediante una sola inscrizione, ma ciò non fosse pertinente, perchè il legislatore con chiare espressioni eliminato avea qualsiasi difficoltà — Nell' art. 2130 l'espressioni non son le stesse ritenute negli art. 2134, e 2148 (v. gli art. 2020, 2042 l. c.) — in questi due ultimi articoli la legge dichiara come per eccezione che non è necessario per le ipoteche legali e per le giudiziali esprimere la indicazione della specie e la situazione degl' immobili ipotecati — la ipoteca risulta, come conseguenza dalla obbligazione — essa però su' beni futuri non può aver effetto che parzialmente ed a misura de' nuovi acquisti — E rammentava ciò che opportunamente sul proposito avea espresso il Sig. Treillard nel titolo de' privilegi ed ipoteche

« tutto quel che possa desiderarsi è di potere nella insufficienza de' beni presenti concedere al suo creditore il diritto d'inscrivere successivamente sul primo nuovo immobile che il debitore acquisterà — È questa una impressione speciale che si realizza mediante la inscrizione, quando l'immobile è acquistato (*rinv. a Grenier traitè des hypot. n. 52 62 63 e 193. — a Dalloz tom. 17 pag. 211 212 e 219 n. 10 — 223 n. 2. 239 n. 7, e 8 — 263 n. 14. — a Merlin répert. tom. 15 pag. 93, 16, e addit. v. inscript. hypoth. p. 211 n. 12 — a Maleville t. 4. p. 149, e seg. — a Persil quest. hypoth. jud. § 7.*)

La Corte di Cassazione ha ragionato così « atteso che la ipoteca pattuita su' beni futuri ne' termini

dell' art. 2130 cod. civ. (v. artic. 2016 l. c.) è una ipoteca convenzionale

che per gli art. 2134 e 2148 dello stesso codice la ipoteca convenzionale non può aver effetto a riguardo de' terzi che dal giorno della inscrizione all'uffizio delle ipoteche, ed in quanto a' beni solamente che sieno specialmente indicati nella inscrizione per la loro natura e situazione

che queste disposizioni sono generali, ed in conseguenza applicabili a tutte le ipoteche convenzionali indistintamente

che d' altra banda non esiste alcun' altra disposizione la quale abbia dispensato il creditore di adempiere a queste formalità nel caso preveduto dall'art. 2130 del cod. civ. in quanto a' beni che il debitore acquisterebbe dopo la prima obbligazione

che non solamente la conseguenza di questo articolo non induca dispensa, ma risulti anzi il contrario dalle seguenti espressioni « che ciascuno dei beni ché acquisterà in avvenire resti ipotecato a *misura degli acquisti*—» i beni futuri non son dunque colpiti da ipoteche *immediatamente* , ma solo in quello istante in cui passano nella mano del debitore—ond' è che la ipoteca essa medesima non è *preesistente allo acquisto*—quindi vien conseguenza necessaria che la inscrizione la quale non può sussister prima della ipoteca, dovendo seguirla, non può punto preesistere allo acquisto, nè colpire quei beni che in seguito al debitore perverrebbero — sibbene è necessaria una inscrizione di volta in volta, a misura di ciascun nuovo acquisto

che tal è lo spirito dell' art. 2130. cod. civ.

(art. 2016 l. c.) come chiaro esprime il rapporto fattone al Tribunato il 26 ventoso anno xii. — quindi è vano il ritenere l'acquisto de' nuovi beni come l'avverata condizione per costituire i beni acquistati sotto la ipoteca retroattiva al giorno in cui si fosse inscritta ipoteca su' beni futuri — Rigetta—5 luglio 1837 sulle conclusioni uniformi del Sig. Dewandre—Cassazione del Belgio causa Verninck contra i Sindaci della fallita Gatain.

N.° 519.

Mobili—Vendita—Beneficio d' inventario—Erede—Malafede—Creditori—Decadenza

(v. n. 169, 475)

Vendut' i mobili di una eredità senza le forme imposte dalla legge per vendere mobili pegnorati, si decade dal beneficio dell'inventario.

Una Corte del Belgio credè che questa disposizione rigorosa cessar potesse quando nè frode nè mala fede da parte dello erede fosse concorsa, nè vero danno pe' creditori.

La Cassazione censurò principj cosiffatti, attenendosi agli stretti termini della legge (art. 989 c. d. p. c., art. 1063 l. d. p. c.) — Essa ragionò a questo modo :

attesochè la decadenza dal beneficio dell' inven-

tario pronunziata dall' articolo 989, non è subordinata al caso in cui l' omissione di adempiere le formalità prescritte dalla legge sia il risultato della frode e della mala fede dello erede—che questo articolo non fa la distinzione tra il caso in cui questa mancanza sia o no pregiudiziale a'creditori, e non lascia nello arbitrio de' tribunali la facoltà di pronunziare, o di rigettare la dichiarazione di decadenza secondo l'una o l' altra di tali circostanze

attesochè nella specie la decisione impugnata ritiene in fatto che l'apposizione degli *avvisi affissi* per annunziare la vendita non è documentata per atto di usciere — e malgrado ciò decide che questa omissione importar non debba decadenza dal denefizio d'inventario per lo motivo che tale omissione non è il risultamento di alcuna frode da parte degli eredi, e che i creditori non avrebbero ottenuto un maggior vantaggio se l'apposizione degli affissi fosse stata documentata ne'modi voluti dalla legge —Ciò facendo la Corte ha creato una distinzione che il legislatore non ammette — l' ha creata per eliminare così una decadenza formalmente pronunziata dallo art. 989 del cod. di proc. civ. (art. 1065) l: d. p. c. e che non può esser ritenuta solo comminatoria (rinviava all'art. 1029 dello stesso cod. di proc. conc. art. 1105 delle l. d. p. c.)— Per siffatti motivi cassa ed annulla—26 ottobre 1835—Cassazione del Belgio causa Pessemiers contra Vandnalter.

N.° 520.

Congruo—Retratto gentilizio, allodiale, feudale—Retratto successorio—Appello—Perenzione

(v. n. 95 a 93, e 258)

Il diritto di preferenza nella compera-vendita che si facesse del fondo vicino, e per analogia anche esteso ad altri contratti, diceasi *jus protimeseos*, *jus congrui*, *retractus*— Nella legge 75 ff. *de cont. empt.* si ha una immagine di questo diritto *ex conventione*, ma indipendentemente dal patto veniva il diritto del congruo *ex lege* —Distingueasi in *gentilizio*, *feudale*, *allodiale*.

Del primo ved. Tiraquello *de retractu gentilitio*.

Del secondo ved. il libr. 2 de feud. tit. 9 § 1. tit. 26. § 5.—*de Luca* de feud. disc. 36, e 110 —Capec. dec. 57—Sanfelice decis. 100—E la memoria più notevole che si ha da serbare in quanto allo esercizio di questo diritto feudale sta nell'uso introdotto che vendendosi un feudo, la Università avea diritto di proclamare al demanio per lo stesso prezzo fra un anno dal giorno in cui il nuovo feudatario avea preso possesso—ved. le pramm. 62 § 5, e 63 § 1 de off. proc. caesar.

Del terzo, cioè del retratto *allodiale* in Roma fu conceduto l'esercizio a' prossimi ed a' consorti. Gotofredo (comentando la legge 6 del codice Teodosiano de contr. empt.) attribuisce a Costantino

il grande l'aver conceduto la facoltà di retrarre, e ciò ad esempio delle leggi Mosaiche per le quali era sancito « tutti i fondi che possederete si venderanno sempre sotto condizione di riscatto — « *Cuncta regio possessionis vestræ sub redemptionis conditione vendetur* » *levit.* cap. 25 § 24 — Se il tuo fratello divenuto povero venderà la piccola possessione che tenea, il prossimo (parente, o vicino) potrà riscattare ciò che quegli avea venduto « *si attenuatus frater tuus vendiderit possessiunculam suam, et voluerit propinquus ejus, potest redimere quod ille vendiderat* » — *levit.* c. 25 § 25 » — Se non ha prossimi parenti, possa egli medesimo trovar danari e ricomperar egli stesso, computando i frutti dal giorno della vendita « *sin autem non habuerit proximum, et ipse pretium ad redimendum potuerit invenire, computabuntur fructus ex eo tempore quo vendidit, et quod reliquum est reddet emptori, sicque recipiet possessionem suam* » *levit.* cap. 25 § 26 e 27.

Ma gl'imperatori Arcadio, Teodosio, e Valentiniano, lungi dal volere la incertezza nel dominio acquistato, sancirono « *ut superiore lege cassata* (quella legge che si attribuiva a Costantino il grande da Gotofredo) *unusquisque suo arbitratu quærere vel probare possit emptorem* (*l. dudum* 6 cod. Teodos. de contr. empt.)

Romano Lecapeno Imperatore dell'oriente concedè il *retratto* a' cognati ed a' vicini, per quanto ne assicura Armenopolo lib. 3 sotto il titolo *de jure protimeseos et si quis quid commune aut propinquum vendere, in emphyteusim dare, locare se voluerit et*

de cognatis, sociis, vicinis, consortibus, et qui consortes, et qui eorum in emptione talium rerum præferendi (§ 118 119 120 121 a 130)—ved. Cujac. lib. 5 feud.

Nell' impero di occidente valsero i costumi di varii popoli e principalmente de' Germani che preferivano i parenti nella compera-vendita di stabili —Dalle leggi Sassoniche passaron tali costumi anche nelle leggi de' Galli (leges Saxon. tit. 16 Ludeving. de diff. jur. civ. et Germ. 5—Tiraquel. de retract. gentil.)

Fra le leggi di Federico lo Svevo (cognominato *Aenobarbus*, Barbarossa) successore di Corrado 3.° nello impero di Germania, s' incontra la costituzione *sancimus* rapportata nel libro quinto *feudorum* tit. 13, intitolata d*e jure protimeseos*, la quale dispone che se alcuno avesse immobili in comune; se avesse il campo, la casa, la vigna, la cosa immobile divisa o indivisa, o comperata in comune, o in qualsivoglia altro modo congiuntamente posseduta « *et voluerit alienare supradictas res per venditionem vel emphyteusim, vel locationem, non ante liceat ei alienare, quam denuntiaverit illis quos vocavimus per ordinem in* protimeseos ».

Fra le disposizioni di questa legge statuivasi come *i vicini*, avvisati, domandar potessero la prelazione, il *retratto* fra trenta giorni numerandi dall' avviso; e come *non avvisati* avessero il termine di dieci anni per chiederne il beneficio, pagando il prezzo che il comperatore avea sborsato, più gl' interessi e le spese.

Afflitto, Benedelli, Rendella, ed altri molto scrissero per esporre la costituzione anzi espressa, e molte quistioni trattarono sulla materia del *congruo* ossia del *retratto*—(ved. Tiraquello ne' suoi aurei trattati sul *retratto*).

Mentre le provincie del Regno andavano per lunghe abitudini invocando questa Fridericiana, noi in Napoli e nel suo distretto invocavamo ne' casi di *congruo* la consuetudine *si quis emit*, e le altre che si leggono sotto il titolo *de jure congrui* sulle quali scrissero comentarii Napodano, Freccia, Molfesio, Pisanelli, e De Rosa — La consuetudine prescrive un anno per la facoltà di domandare il *congruo*, ed ammette a domandarlo nel solo caso di *vendita*, non già come la costituzione anche pel caso delle *locazioni a lungo tempo* — Ammessa l'azione di *congruo*, il prezzo secondo la consuetudine va pagato a giudizio di esperti — non come per la costituzione quel prezzo che il comperatore *sine fraude* avesse disborsato — E la consuetudine accorda il congruo a' vicini per parti uguali, ancorchè uguale vicinità non avessero col fondo venduto; mentre la Fridericiana chiamava al congruo i vicini per la parte sola che alla rispettiva vicinità corrispondesse.

Altre consuetudini sotto lo stesso titolo 17 *de jure congrui* si riferiscono al caso de' più che pretendessero il *congruo*, l'un de' quali confinasse da una banda sola, altri ne attaccassero per due o più, e risolvono i dubbi derivanti dal condominio di un istesso edifizio, o dalla casa di più appartamenti, quistioni con particolari dettami risolute.

Sotto il Regno di Ferdinando IV una legge del 27 gennajo 1789 abrogò la Fridericiana, e le consuetudini riguardanti il congruo, e rese questa disposizione retroattiva dal 20 sett. 1788 — Le parole della legge furon così « Vogliamo adunque ed ordiniamo che restando abolite ed abrogate la costituzione *sancimus de jure Protimeseos*, e tutte le consuetudini Napolitane riguardant' il *congruo*, si accordi questo solamente ne' soli due casi di condominio, cioè quando uno de' condomini voglia alienare la sua parte del fondo; o quando concorra la congiunzione del sangue copulativamente alla vicinità del fondo; e che per rapporto alli gradi della parentela il privilegio del *retratto* suddetto si abbia a godere dagli agnati di colui, da cui è pervenuto il fondo, e per niun modo sia lecito alli cognati di domandarlo; ma che il privilegio che si accorda agli agnati non si estenda al di là del terzo grado. E affinchè il dominio non resti per lungo tempo dubbio e sospeso in grave danno delle parti, e dello Stato, vogliamo e comandiamo che essendovi la denuncia, il tempo a retrarre sia quello *di trenta giorni*, altrimenti sia quello di *un anno da cominciare a decorrere dal giorno del contratto*.

Intorno poi alle liti di congruo pendenti, è nostra sovrana volontà che tutte tali liti restino estinte, ad eccezione di quelle per le quali trovasi interposto decreto di giudice decisivo del merito della causa, o si trovi contestata la lite, e fatta la perizia » (p. 134 e 135 suppl. alle pram.)

Un Real dispaccio del 1 giugno 1792 spiegò « che la parola *alienare* apposta nel succennato editto per l'abolizione delle leggi del congruo tanto in Napoli quanto nel Regno, si abbia a sentire pe' soli contratti di compera e vendita, e non già per l'enfiteusi ed affitti a lungo tempo, pe' quali si dee con l'editto intendere assolutamente abolita qualunque azione di retratto *jure congrui* ».

Pubblicato il codice civile, nell'art. 544 conservato dal 469 l. c. fu sancito che la proprietà dasse il diritto di godere e disporre delle cose nella maniera la più assoluta, purchè non se ne facesse un uso vietato dalla legge o da' regolamenti.

Ma con l'art. 841 cod. civ. (760 l. c.) fu stabilito che qualunque persona ancorchè parente del defunto che non abbia diritto a succedergli, ed a cui un coerede abbia ceduto i suoi diritti alla eredità, può essere esclusa dalla divisione da tutti i coeredi o da un solo, rimborsandosele il prezzo della cessione.

Merlin nell'art. *retrait*, e nell'art. faculté de rachat — Pothier dominio e proprietà — Sirey sull'art. 841 cod. civ. offrono copiose osservazioni sulla materia.

Alla Cassazione del Belgio non ha guari si presentò una quistione interessante non meno sulla materia del *retratto* che su quella della perenzione di appello — Noi la rapportiamo in questo luogo per dimostrare che i principî del retratto erano diffusi in Europa, e che il diritto consuetudinario delle diverse nazioni lo avea riconosciuto.

Richiamiamo in pari tempo l'attenzione su ciò

che l' arresto della Cassazione risolve sulla grave quistione di perenzione, avendo noi veduto il Foro di Napoli dubitar se la domanda di perenzione in appello competa sempre indistintamente allo *appellato*, o se gli competa sotto condizione purchè egli non fosse stato in prima istanza l' attore originario.

Walter de Beaurieux avea venduto al monastreo di S. Lorenzo la signoria di Villereaux—Nel 1769 Federico de Heeswyck erede del venditore stabiliva contra il monastero un giudizio di *retratto*, invocando la costituzione Imperiale del 1521 rapportata nella consuetudine di Liège cap. 16 art. 28—Il sig. de Theux successore di Heeswick proseguiva il giudizio contra il monastero, ed un giudicato del Consiglio ordinario di Liège nel 1789 lo autorizzava sotto cauzione di trentacinque mille fiorini a riprendere come egli riprese in effetto il possesso reale della signoria di Villereaux.

Interposto appello dal monastero presso il Consiglio aulico di Vienna avverso le decisioni rese contro di esso in Liège, quel Consiglio aulico aveva emesso delle interlocutorie quando nel 1791 il territorio di Liège cessò di essere sotto la giuridizione dello Impero Germanico.

Fraditanto l' appellato de Theux continuò a possedere la Signoria —Morì nel 1820, legando la terra di Villereaux a' conjugi de Gomze; e scrivendo un altro legato a' conjugi de Meylandte —nel testamento leggeasi che siffatti legatarii congiuntamente co' primi assumer dovessero *tutti i debiti e tutti i pesi* della sua successione.

Il monastero di S. Lorenzo fu soppresso — Il

demanio che lo rappresentava spinse domanda di perenzione d'istanza contro quell'appello di cui la causa era stata introdotta nel Consiglio aulico di Vienna — E per legge del 27 ventoso anno VIII. art. 31 la Corte di appello Liège era competente a pronunziare su questa domanda di perenzione.

Il 14 di maggio 1835 la Corte di Liège dichiarava perente le istanze che pendeano a Vienna presso il Consiglio aulico tra 'l monastero di S. Lorenzo ed il sig. de Theux.

L'amministrazione de' demanii interponea ricorso alla Cassazione del Belgio per falsa applicazione dell'art. 397, e per violazione degli art. 399 e 401 c. d. p. c. (art. 492 494 l. d. p. c.)

Ragionavasi così — chi non è stato parte in un giudizio non può domandar perenzione—i conjugi de Gomze non aveano figurato nel giudizio contra il monastero di S. Lorenzo — essi sono legatarii a titolo particolare di colui che fu parte appellata — ma un legatario a titolo particolare non rappresenta di pieno diritto il testatore — legatarii del demanio di Villereaux essi nol furono dell'azione di retratto sulla quale contendeasi in appello — Quest'azione è devoluta a' soli eredi legittimi; a que' soli appartiene l'esercitarla come impossessati per legge de' diritti e delle azioni del defunto — que' soli avrebber potuto reassumer la istanza, e chieder perenzione.

E quì veniva in disamina la quistione che altra volta occupò il nostro foro del se l'una come l'altra parte chieder possa perenzione in appello, o se unicamente chi non fu attore in origine possa

proporre cosiffatta domanda in appello — si dicea nel ricorso dall'amministrazione de' Demanî che non può contravvenirsi al suo proprio fatto, non può conchiudersi contra se medesimo — che il recesso, la desistenza, la rinunzia alla lite sono i mezzi di cui può servirsi l'attore quando voglia rinunziare al giudizio da lui intrapreso — ma che l'art. 401 cod. d. p. c. (art. 494 l. d. p. c.) suppone *unicamente* il caso del *reo* convenuto in principale, a costui solamente accorda il domandar perenzione poichè ammettendosi tale domanda l'attore originario verrà condannato alle spese della procedura perenta.

Rispondeasi che questo ragionamento fosse vizioso, potendo correr unicamente nel primo stadio di lite, non già in grado di appello, ove la figura che avean tenuto le parti in prima istanza trovasi cangiata per una sentenza favorevole allo attore originario che lo fa divenire in appello reo convenuto; ed invocavasi l'art. 469 c. d. p. c. (art. 533 l. d. p. c.)

A riguardo della qualità di legatarî particolari invocavasi l'art. 1014 c. c. (art. 968 l. c.), e diceasi che il diritto alla cosa legata passò dal giorno della morte del testatore sul capo de' legatarî — soggiungeasi che col fatto essi avessero ottenuto il possesso senza chiedere il rilascio — e che la quistione proposta non appartenesse al Demanio, sibbene agli eredi legittimi, i quali lungi dall'opporsi, riconosceano la esistenza del diritto reale presso i legatarj.

Ecco le parole dello arresto della Cassazione del Belgio.

Veduti gli articoli 397, 399, 401 c. d. p. c. (art. 490, 492, 494 l. d. p. c.)

Sul primo motivo fondato su di ciò che i signori Gomze, e de Theux non essendo che legatarî particolari non aveano qualità per inoltrare domanda di perenzione

considerando che alcuno di questi articoli non determina quali sieno gli eredi, o aventi causa che posson domandare la perenzione delle istanze nelle quali il defunto era parte — dal che segue che la Corte di Liège decidendo che il signor de Gomze come legatario particolare del demanio di Villereaux ed incaricato insieme col sig. de Theux del pagamento de' debiti del defunto, avea principale interesse, ed in conseguenza avea facoltà per domandare la perenzione delle istanze di cui trattasi, non ha violato alcuno degli articoli precitati, ma per contrario ha fatto giusta applicazione de' principî relativi alla materia.

Sul secondo motivo tratto da che *l'attore originario non è recettibile a domandare la perenzione di una istanza*

atteso che l'art. 469 c. d. p. c. (art. 533 l. d. p. c.) dichiara che la perenzione in causa di appello opera l'effetto di dare alla sentenza da cui erasi appellato la forza di cosa giudicata — questo articolo autorizza dunque l'appellato a domandar perenzione delle istanze di appello, e non fa alcuna eccezione per lo caso in cui l'appellato fosse quegli che fu attore principale

attesochè da ciò segue che dichiarando sulla domanda dell'*appellato*, quantunque egli fosse stato *attore originario*, perente le istanze di appello di cui trattasi, e condannando in conseguenza l'appellante alle spese, la Corte di Liège non ha punto violato, nè falsamente applicato gli articoli anzi espressi.

Rigetta — 25 di maggio 1836 — Cassazione del Belgio causa tra 'l Demanio ed il sig. de Theux.

Rapportiamo anche un altro arresto della stessa Cassazione del Belgio in materia di quel *retratto successoriale* di cui si occupa l'art. 841 cod. civ. (*conc. art. 760 l. c.*)

Un negoziante *Debrauwer* era fallito, quando ne' 18 di agosto 1787 segnò un concordato co' suoi creditori — Una fabbrica la quale costituiva la sua industria di tabacchi e di carbon fossile (*houillères*), fu detto nel concordato che si amministrerebbe, in modo che il prodotto annuale verrebbe ripartito fra tutt' i creditori; e quando il saldo si fosse loro dato, allora quella proprietà si dividerebbe in due parti uguali, una a lui, ed una a' creditori medesimi.

Molti anni decorsero, fra cui un curatore amministrò nello interesse de' creditori.

Nel 1802 due nipoti si presentarono alla Cancelleria del Tribunale —adirono per la loro rata la successione dello zio, e notificarono questa adizione al curatore — Poco dopo un creditore del defunto (a'30 novembre 1833) acquista da un altro erede i diritti successorii a quel negoziante — contro di questo creditore acquirente vien promossa una domanda di *retratto successoriale* fondata nell'articolo 841 c. c. (ved. art. 760 l. c.)

La ragione di dubitare stava in ciò, che non si fosse ancora verificato il caso di dividere, poichè il concordato ciò non permettea se non quando il lungo ed annuale cumulo di rendite apportato avesse la *piena soddisfazione* a' creditori.

La ragione di dubitare veniva eziandio da che quegli il quale avea comperato i diritti successorii tenea pure in se stesso la qualità di *condomino* per effetto del concordato—egli era un di que' creditori al quale spettava *una quota sulla metà*, secondo i termini del concordato del 1787.

La ragione di decidere si traeva da che lo scopo del legislatore nell'art. 841 c. c. sta in ciò che *l'estraneo non s'immischi ne' segreti delle famiglie*, quando il successibile gli offra la valuta che egli avea disborsato per acquistare altre quote ereditarie — Nè la qualità di creditore spettatario di una parte per effetto di quel concordato distrugger può tali principî—Come *creditore*, egli può *intervenire* nella divisione, ma questo diritto nulla ha di *efficacia* per attraversare il diritto *al retratto successorio* in colui che lo domanda.

Ecco le parole dello arresto

« sul primo motivo di Cassazione per falsa applicazione dell'art. 841 c. c. (v. art. 760 l. c.) e per violazione dello art. 1315 c. c. (1269 l. c.)

« atteso che l'art. 841 del cod. civ. dispone in generale che ogni cessionario non successibile possa essere escluso dal partaggio — che il motivo di questo articolo è d'impedirgli che venga ad immischiarsi negli affari di famiglia — dalla qual cosa risulta chiaramente che è la *cessione* quella che

apre l'adito all'azione di *retratto*, non è il momento in cui il cessionario intende far valere i suoi diritti — ond'è che la eccezione di *prematurità* non è amissibile

« atteso che è ritenuto in fatto che il parteggiamento della successione di Debrauwer ha avuto luogo — e che i beni dipendenti dalla massa ereditaria si son fin oggi posseduti in realtà da un curatore della massa esclusivamente ; lo che dimostra che vi sieno de' beni da dividersi, e che l' attore riconosca egli stesso, invocando la cessione come titolo del suo acquisto, il trattarsi non di *eventuali* pretensioni, ma di *diritti ereditarj* nella successione del Sig. Debrauwer

« atteso che la eccezione tratta da che non vi sarebbero più beni a dividersi è per ciò inammissibile, ed in conseguenza nè l'art. 841 è falsamente applicato, nè l'articolo 1315 è violato (v. art. 760, e 1269 l. c.)

Rigetta — 10 di agosto 1836 — Cassazione del Belgio causa *Decock* contra *Dart et Hanssens*.

Alla Corte di appello di Parigi poco fa si è portata la quistione del se la vendita fatta da un successibile de' suoi diritti indivisi *in quattro immobili che formavano quasi la totalità* della successione, fosse a qualificarsi una vendita *di diritti* successorii, di tal che fosse il caso del *retratto successoriale*, abbenchè questa vendita non esprimesse in termini chiari che cedeasi *la qualità ed il diritto di erede* ; ma solamente racchiudesse la *vendita de' quattro immobili determinati*.

La Corte Reale di Parigi in 1. Cam., sotto la pre-

sidenza del sig. Seguier, al finir di gennajo, e ne' principî di febbrajo 1837 ha risoluto *l'affermativa*, malgrado che le opinioni di Toullier e di Chabot sembrassero contrarie a tale decisione (causa *Guyardin* contra *Laurent*.

Cosiffatta decisione ha molta analogia con le massime della nostra giurisprudenza ritenuta nel caso che andiamo ad esporre.

Gaetano, e Sabato Elefante nel 1805 ebbero in enfiteusi dall'Orfanotrofio militare un territorio con due case per l'annuo canone di duc. 104.

Sabato mancò di vita nel 1830, lasciando superstiti tre figli, un maschio e due femmine—al primo lasciò la disponibile, la legittima alle seconde.

D. Giuseppe Durante presentò offerta per acquistare il dominio diretto di quel fondo—Fu allora che Gaetano Elefante, e Domenico figlio di Sabato si fecero a chieder *la prelazione*.

Stando così le cose le figliuole del defunto Sabato cedettero le loro quote di dominio utile al sig. Durante—Costui quindi limitò le sue domande *alle quote* da quelle *a lui cedute*.

Di quì un piato tra 'l sig. Durante ed i sig. Elefante, che pretendevano aspirare *al retratto successorio* in ordine alle quote cedute.

Il Tribunale civile accolse la dimanda di Durante, ma la G. C. civile di Napoli con decisione del 12 luglio 1833 resa in 2. camera (ruolo num. 1019, e 1093) disse *ammessibile il retratto* a favor degli Elefante, ragionando a questo modo

» . . . provvida però la legge con salutari stabilimenti ha assicurato la pace degli altri coeredi,

proccurando di allontanare le discordie che nelle famiglie sorgerebbero per le divisioni delle quote e per la *introduzione di estranei negli affari domestici*—ha dato quindi a'coeredi la facoltà di escludere il cessionario da' diritti successori, offerendo a'medesimi il prezzo erogato per la ottenuta cessione — L' Imperatore Anastasio nella legge 22 c. mand., e Giustiniano istesso nella l. 23 c. eod. riconobbero il vantaggio di una tanto salutare disposizione

» atteso che l' art. 760 ll. cc. non è discorde dalle marcate disposizioni delle leggi, alle quali il fratello delle cedenti si riporta, e ne reclama la piena osservanza

» atteso che troppo deboli sono le opposizioni del cessionario relative alla inapplicabilità del menzionato articolo, sol perchè—1. *i diritti ceduti non comprendono la intera quota ereditaria*—2. e perchè non si è fatta *la offerta del prezzo* sborsato per la cessione.

» È da osservarsi per la prima opposizione, che il cennato articolo parla di *quota ereditaria*, e la cessione di cui è disputa si versa sopra di una quota ereditaria; imperciocchè *il territorio di cui si tratta è l'unico cespite della eredità*; e d'altronde la divisione di questo cespite non può eseguirsi, che dividendo *l' eredità intera*, giacchè deve tenersi ragione della collazione delle doti già ricevute dalle cedenti, e proporzionarsi così *la quota del fondo* con quella che dipende *dalla massa ereditaria*

» in quanto poi alla offerta del prezzo avrebbe dovuto *precedere la interpellazione*, prenden-

done argomento dall' art. 1693 leggi civili — mancata questa, non è che *il cedente abbia perduto il diritto di esser rimborsato della somma versata per la cessione*, ma non è precluso l' adito di far la offerta tra un determinato tempo, che la G. Corte determina.

« La G. C. fa diritto all'appello de'sig. Elefante, rivoca la sentenza del Tribunale civile di Napoli de' 14 dicembre 1831—dichiara *competere a Domenico Elefante il chiesto diritto di retratto*, quindi ordina che tra giorni 20 dalla intima della presente si *faccia dallo stesso la offerta reale* di duc. 110 a D. Giuseppe Durante, quanti dallo stesso si sono sborsati alle sorelle Maria e Maddalena Elefante per la cessione avuta delle quote ad esse spettate del dominio utile del fondo, il cui diritto appartiene all' orfanotrofio militare, il che fatto, o in mancanza, la G. C. si riserba di spiegare le provvidenze ».

Avverso questa decisione fu interposto ricorso, e fu ripetuto

1. che l' art. 760 ammette il retratto nelle cessioni de' diritti, *non quando siesi ceduto solamente un fondo in ispecie*; onde la decisione (si disse) violato aveva il citato art. 760

2. che la G. C. avev'accordato il retratto senza che il retraente *avesse pagato l'importo della cessione*, con ciò (si disse) la G. C. ha esposto il ricorrente a dover sostenere una lite per conseguir tale importo.

Due teoriche fissò la Corte suprema nel discuter tale ricorso:

la prima è così — « *Il retratto successorio ha*

luogo anche nella successione di cosa singolare, qualora abbracci la universalità de'dritti succesorii »

La seconda è così — « Per escludere il cessionario *non è indispensabile che la offerta sia reale*, semprechè si accompagni alla dichiarazione di realizzarla subito dopo ammessa la istanza ».

In quanto alla prima la suprema Corte ragionò così » a giusta intelligenza dell'art. 760 *il retratto successorio non ha luogo quando la cessione si limita ad una parte singolare, comunque indivisa* — coincide nel senso dell'articolo *la cessione di un cespite indiviso, allorchè comprende la universalità dei diritti ereditarj* — nella specie la G. C. ha avuto per vero che la eredità di Sabato Elefante *non consista in altro che negli oggetti di cui le di lui figliuole han ceduto* la quota al Signor Durante — Sicchè la cessione riguarda la *universalità de'diritti* ereditarj per cui al coerede si accorda il retratto. Ed *avendo così la G. C. deciso nel fatto*, il suo giudizio si sottrae dallo impero della Corte suprema.

» Osserva inoltre che giusta il testamento di Sabato Elefante, siccome non potrebbero le figliuole di lui aver le quote del piccolo fondo ceduto, se non *messe in collazione* le doti, val dire senza *porre a discussione i beni tutti del defunto, se altri mai ve ne fossero, lo che non è dimostrato*; così si verificherebbe che *un estraneo entrasse nei segreti della famiglia*, la qual cosa con l'art. 760 si è voluto scansare — Si è finalmente dalla Corte suprema osservato che qualora si fosse accolta la dimanda del Durante, le spese della divisione ordinata, e le liti del giudizio di divisione avreb-

bero assorbito il valore del picciol fondo per cui si contende, ed avrebbero menato nella miseria un'infelice campagnuolo—Così vedesi che la G. C. con la sua decisione, mentre ha seguito il giusto senso dell'art. 760, ha tenuto la via di prudenza che le leggi voleano in simili giudizj (*l.* 1, *e* 3. *c. com. div.*) per la pace delle famiglie, e per la diminuzione delle liti.

Nell'analisi della seconda teorica la suprema Corte ragionò così

« atteso che la offerta al cessionario del rimborso della somma pagata non dev' essere indispensabilmente *reale*, ma *basta la dichiarazione di realizzarla subito che sia intimata la sentenza la quale ammette la prelazione*, e *la dichiara valida*—tanto si è praticato nella specie, nè vi è doglianza di essersi mancato all'adempimento—così i mezzi, che concernono quella parte della decisione neppure sussistono—La Corte suprema *rigetta il ricorso* — 10 aprile 1834 — Causa *Durante* ed *Elefante*.

Cade qui opportuna la notizia di un arresto recente della Cassazione di Francia — Quivi era in disamina la legge 78 § 4. ff. *de jure dot.* comparata all' art. 1408 2. *comma* del cod. civ. —Comunque tale articolo non faccia parte delle attuali leggi civili, pur non dimeno la notizia può divenire interessante per applicarla a que' casi che fossero avvenuti nel nostro Regno nel tempo in cui quell'articolo era in vigore.

La Cassazione ha espresso così

» la legge 78 § 4. de jur. dot. obbligava la donna al *retratto della totalità dello immobile* indiviso che

durante il matrimonio suo marito avesse acquistato —la disposizione di questa legge non era in Francia ricevuta; il privilegio accordato alla moglie ne' paesi che viveano *jure scripto* si riduceva ad una azione conceduta ad essa per evitarle un pericolo ed un danno di cui poteva essa sola estimare la intensità, e la estensione

» . . . questo privilegio è esclusivamente attaccato alla classe de' diritti che un creditore può far valere a nome del suo debitore; e questi principî emergono dagli articoli 1408, 1166 cod. civ. (v. art. 1119 l. c.) di cui la disposizione nel caso in cui dubbio rimanesse per lo diritto antico sarebbe l'interpetre il più sicuro al quale si potesse ricorrere — che quindi, ricusato l'esercizio dell'azione di retratto che il ricorrente in Cassazione pretendeva avere nella sua qualità di creditore della donna, la decisione impugnata, lungi dal violare la legge 78 § 4. de jur. dot., ha fatto una giusta applicazione de' principî sulla materia.

Rigetta — Cassazione di Parigi — causa *Blondeau* creditore della Sig. *Falise* 8 di marzo 1837.

N.° 521.

Rinunzia—Eredità—Legittima—Riserva Donazione—Collazione

Se non ostante la rinuncia alla paterna eredità possa o pur no il figlio ritenere sulla donazione fattagli *en avancement d'hoirie* (anticipata successione) la sua quota di riserba, fu grave quistione sulla quale vedete Richard part. 3. donat. n. 1056. — Merlin lègitime § 5. —Chabot succession pag. 471. n. 12. Grenier donation tom. 2. n. 566.

In vario modo gli arresti ne furon resi — vedete Cassazione di Parigi 18 febbrajo 1818 Sirey 18. 1. 98.—11 agosto 1829 Sirey 1. 297. —24 marzo 1834 Sirey 1. 145 — vedete pure una decisione della Corte di Bordeaux del 14 luglio 1837.

Poco fa una Decisione della Corte Reale di Parigi 3. camera ha detto così

» considerando che la *collazione* non è dovuta se non dallo *erede* al *coerede* — che nella specie trattasi di una riduzione di donazione fatta ad un figlio rinunziante alla eredità e richiedente la riserva — onde *non possono* applicarsi quì i principî che sono particolari al caso di *collazione*

» considerando che un figlio che rinunzia, è vero, non avrebbe qualità per chiedere la riserva in *figura di azione*—può nondimeno ritenere la riserva nella donazione a lui fatta, quando ciò chieda in figura di *eccezione* — In effetti l'erede che trova nella successione la sua personale quota di riserva

sarebbe irricettibile ad attaccare gli altri figli che nulla posseggono al di là della loro riserva — altramente ammettendo un erede a prevalersi contra i suoi fratelli del privilegio loro attribuito dall'art. 913 c. c. (v. art. 829 l. c.) sarebbe lo stesso che rivolgere contra i figli quel diritto che è stabilito a loro favore

» considerando che ogni donazione fatta dal padre o dalla madre a'loro figli senza dispensa di collazione si reputa fatta a titolo di anticipata successione; e quind' impossessato della sua riserva un figlio donatario, può conservarla senza aver bisogno di accettare la successione.

» Rivoca la sentenza — nel merito ordina che sarà proceduto dal Notajo liquidatore in conformità del suo primo lavoro così che venga attribuito *agli eredi donatarj rinunzianti* il diritto di ritenere le loro riserve sulle donazioni fatte a' medesimi, riducendo queste donazioni in modo a serbare illesa unicamente *la riserva de' due eredi* che hanno accettato la successione» — causa *Cochois* udienza del 7 di aprile 1838.

N.° 522.

Fidejussore—Ipoteca convenzionale—Ipoteca giudiziale—Surrogazione—Debitor principale

Il fidejussore che paga il debito da lui garentito, ha regresso contra il debitor principale—subentra in tutte le ragioni del creditore contra il debitor principale (2028, 2029 c. c. 1900, 1901 l. c.) —Il fidejussore anche prima di aver pagato può agire contra il debitore quando si avveri uno de'cinque casi preveduti dall'art. 2031 c. c. (1904 l. c.)

Avrà dunque il fidejussore unicamente l'esercizio di diritti che *va a cedergli* nell' atto della soddisfazione *il creditore*, o potrà avere qualche altra risorsa di cautela?

Supponete il caso di una ipoteca mediocre data dal debitor principale al creditore — il fidejussore che paga il debito dovrà circonscrivere le sue rivalse unicamente su quell'immobile dato in ipoteca — o potrà per la via di una condanna procacciarsi contra il debitor principale *una ipoteca giudiziaria* la quale colpisca indistintamente *tutti i beni* presenti e futuri di colui?

Alla 2 camera della Corte Reale di Parigi ne'mesi scorsi la quistione si è presentata, e la Corte l'ha trattata co'principî seguenti

« considerando che il diritto in pro di Vassal o

di chi lo rappresenta per farsi restituire direttamente la somma dal Sig. Tetard pagata in discarico del di lui debito, risulta non solamente dall'obbligo assunto dal convenuto di rimborsare a Vassal tanto quanto pagherebbe sul capitale o sugl' interessi del debito, ma eziandio da' principî in materia di fidejussione

« che invero la legge governando gli effetti della fidejussione tra 'l debitore ed il mallevadore, accorda formalmente a costui, quando abbia pagato, *un regresso* contra il debitor principale — che anzi per l'art. 2032 c. c. (conc. art. 1904 l. c.) il fidejussore comunque non avesse ancor pagato il debito, è autorizzato ad agire *direttamente* contro l'obbligato principale ne' casi in cui può temere di essere convenuto — dalle quali cose risulta evidentemente il diritto nel fidejussore, ond'essere immediatamente soddisfatto delle anticipazioni che facesse, o che potesse essere costretto a fare

« considerando che la surrogazione dalla legge accordata al fidejussore ne' diritti del creditore cui egli paga non può intendersi *restrittiva* a suo riguardo — Mettere il fidejussore nella posizione del creditor soddisfatto da lui per non concedergli se non i diritti di questo creditore, ciò sarebbe render la condizione di lui più pesante, perchè non avrebbe più contra il debitor principale se non un diritto non garantito da fidejussione

« considerando che non basta, per rispingere l'azione dell'appellante, il dire che egli diverrebbe autorizzato a prender *surrogato* una ipoteca convenzionale poichè la stipulazione d'ipoteca inserita nel contratto

per limitare le cautele del creditore, non dovea punto avere l'effetto di ristringere que' diritti che potrebbero sorgere a pro del fidejussore dal pagamento che farebbe in soddisfazione del debito principale — Corte Reale di Parigi 2. cam. aprile 1838 causa *Vassal e Tedard.*

N.° 523.

Straniero-Cassazione-Cauzione judicatum solvi-Servizio militare

(v. n. 507)

Il nazionale domiciliato in paese straniero producendo *ricorso per annullamento* avverso un giudicato contro di lui pronunziato come reo convenuto sarà tenuto a dar cauzione per le spese di lite?

La Corte di Cassazione del Belgio chiamata a decidere tal quistione nel 22 agosto 1836 si attenne all'*affermativa* — Essa ragionò così

« 1. a termini degli articoli 16, 166, e 167. c. c. (concord. art. 17, 176, e 177 l. c.) ogni straniero in linea civile è tenuto a dar cauzione pel pagamento delle spese, e de' danni interessi, cui può esser condannato, qualora non possegga nel regno beni immobili sufficienti ad assicurarne il pagamento

« 2. il ricorso per *annullamento* è un rimedio straordinario, e forma *una nuova e separata doman-*

da — quindi sono attori nel senso della legge i ricorrenti in Corte suprema

« 3. nel ricorso presentato alla Corte, e nella dicitura della intimazione di esso, il ricorrente si qualifica *capitano al servizio della Olanda*, *domiciliato con sua moglie a la Haye*, in conseguenza deve essere considerato a termini dell'articolo 21 c. c. (conc. art. 25 l. c.) e della legge del dì 22 settembre 1835, come *straniero* insieme con sua moglie la quale seguir dee la condizione del marito; oltre a ciò i ricorrenti non han documentato possedere nel Belgio beni immobili ».

La Cassazione adunque prima di discendere nel merito della causa, ordinò a'ricorrenti di dar una cauzione di cento franchi, e gli condannò alle spese dell'incidente—(Cassaz. del Belgio —*causa Deman contra Antheunis* 22 agosto 1836.)

N. 524.

Prescrizione

L'usucapione passò a' Romani dalle leggi Attiche — Platone l'ammise nella sua Repubblica (*de legibus* 12 *pag.* 691).

Nella legge delle dodici Tavole era scritto: *usus auctoritas fundi biennium*: *caeterarum rerum annuus usus esto* — Ma poichè nel tempo del diritto Decemvirale la potenza di Roma non eccedeva i confini della Italia, l'usucapione non aveva luogo che ne'fondi Italici, o d'Italico diritto—Il Romano Im-

pero si dilatò molto fuori della Italia, e la interpetrazione de' prudenti fece sì, che un anno bastasse all' usucapione di qualunque cosa mobile che in Italia fosse, o che nelle provincie: ma per l'usucapione delle cose immobili fosse pertinente il biennio a quei fondi soli, che o tra i confini della Italia fossero circonscritti, o che fossero in quelle Provincie che diceansi *Italici juris* (*Ulpian. leg. 19. de censib.*)—Ed era così: che la proprietà dei fondi provinciali era presso il popolo, non presso i privati—non potea su di essi l' usucapione aver luogo. (*Gravin. de leg. 12 tab.*)

Modestino definì l'usucapione « *Adjectio dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti* » (*l. 3 de usurp. et usucap.*); e distinguevasi dall' usucapione la prescrizione in quanto che era questa una *eccezione*, con cui dopo di aver posseduto per lungo tempo una cosa, il possessore opponevasi a chi volesse revindicarla.

Giustiniano ridusse in uno le teoriche dell' usucapione, e della prescrizione, e ritenne la prescrizione di lunghissimo tempo (*l. un. c. de usucap. transf.*), e nelle Instituzioni accumunò del pari le due idee sotto un titolo solo « *de usucapionibus, et longi temporis praescriptionibus* » (*Instit. lib. 2. tit. 6.*)

I requisiti però dell' usucapione e della prescrizione secondo il Romano diritto sono tali da meritar analisi, e distinzione.

1. *Buona fede*, ossia opinione del possessore di essere egli il padrone della cosa (*principio instit. hoc tit.* — *l. 109 de verb. signific.*)—La mala fe-

de sopraggiunta non nuoce al possessore, sol che almeno egli abbia cominciato a possedere in buona fede (*l.* 44 § 4 *de usurp. l. un. cod. de usuc. transfer.*)

2. *Giusto titolo*, ossia causa abile a trasferire il dominio (*princ. inst. de usucap.*, *l.* 24 *cod. de rei vindic.*)

Titolo giusto, *titolo vero*, *titolo irretrattabile.* Un contratto simulato e finto, un titolo irrevocabile, come la donazione *mortis causa*, non sarebbero nel senso testè indicato.

3. *Qualità della cosa prescrittibile*, cioè cose non esenti dal commercio, cose non sante, sacre, religiose, cose non inalienabili, o per legge, o per testamento (§ 1. *inst. de usucap.*, *l.* 9. *de usurp. l.* 12 *et* 24 *cod.*)

4. *Tempo sufficiente*, cioè per diritto antigiustinianeo *anno* nella cosa mobile, *biennio* nella cosa immobile—per diritto Giustinianeo *triennio* per la cosa mobile, *decennio* per l' immobile fra presenti, *venti anni* per l' immobile tra gli assenti (*princ. instit. de usucap.*, *l. un. c. de usuc. transfer.*)

5. *Possesso continuo civile*, ossia con animo di padrone, non a titolo *precario* (*l.* 33. § 4. *de usurp.*)

Ed in ciò ha luogo la congiunzione de' tempi, cosicchè il possesso dell'*avente causa* si consideri prolungato aggiungendovi il possesso dell'autore; quindi la necessaria distinzione di successore universale da successore particolare « *Vitia possessionum a majoribus contracta perdurant*, *et successorem auctoris*

culpa comitatur » — L'erede universale non può dalla sua persona far cominciare il tempo, se l'autore fu in mala fede (*l.* 11. *cod. de adq. posses.*).

Il successore singolare congiunge i tempi, se l'autore suo fu in buona fede (§ *8. instit. de usucap.*, *l.* 13. § *ult. de adquir. possess.*).

E se l'autore fu in mala fede, può disgiungere i tempi, e numerare gli anni del possesso suo, ove la buona fede fu in lui.—(*l. 5. de div. temp. praescrip.* — *l.* 1. *c. de praescrip. long. temp.*), sempre che non siavi stata interruzione o naturale, o civile (*l. 5. de usurp.*, *l.* 26 *cod. de rei vind.*)

Quindi il concorso di questi cinque requisiti per diritto Romano richiedeasi ad indurre prescrizione. Vi eran pure delle eccezioni alla regola circa il tempo — talune in più, cioè oltre alle regole della decennale—talune *in meno*, cioè infra il decennio.

In *più del decennio*

1. con anni 30 di possesso si prescriveano le azioni personali (*l.* 3. *cod. de praescript. trigint. vel quadrag. annorum*)—le cose furtive, e strappate con violenza, purchè il possessore avesse cominciato a possederle in buona fede (*l. 8.* § 1. *cod. eod.*)

2. le cose de' minori (*l. 3. c. quibus long. temp. praescriptio non nocet.*)

3. le cose avventizie de' figli di famiglia (*novella* 122. *e* 24.)

4. anni 40 di possesso si prescriveano le cose fiscali (*l. 4. c. de praescrip. trigint. vel quadrag. annorum*), e le cose patrimoniali del Principe (*l. ult. c. de def. patrim.*), e le cose im-

mobili delle Chiese (*l.* 24. *c. de sacros. eccl.*, *nov.* 3. *cap.* 1. — *nov.* 131. *cap.* 6.), e per interpetrazione prescriveasi il diritto della ipoteca sull'immobile finchè questo fosse rimasto per quaranta anni, e fosse tuttavia nella mano del debitore (*l.* 7. § 1. *cod. de praescript. triginta vel quadraginta annorum* — v. l. 26. cod. 4. 41. — v. *Ant. Perezio* sulla l. 7. *de praescript.* 30 vel 40 ann.)

5. con anni cento di possesso prescriveansi le cose appartenenti alla Chiesa di Roma (*novella* 9 *novella* 131), comunque fosse un dubbio se piuttosto la prescrizione di tal sorte con soli *quaranta* anni fosse a dirsi compiuta

6. con un possesso di tempo *immemorabile*, quello contro di cui memoria non vi fosse stata, diceasi che fin le regalie supreme, le immunità da' tributi, si prescrivessero (*tit.* 6 *ne rei dominicae, vel temp. vindicatio temporis praescriptione submoveatur v. Perez. id.*)

In *meno del decennio*

1. la querela d'inofficioso testamento veniva per lo elasso di un quinquennio forchiusa (*leg.* 34. *in fin. cod. de inofficioso testamento*)

2. un quadriennio solo rimaneva contro il Fisco per reclamare i danni interessi derivanti dall'alienazione, o dal dono della cosa altrui (*l.* 2. *c. de quadrienn. praescrip.*—§ *ult. de usucap.*).

Vero è che nelle leggi sotto il titolo *de praescription. XXX. vel XL. ann.* non si parli de' requisiti nè della *buona fede*, nè del *titolo giusto*, estremi fuor de' quali le prescrizioni di dieci, e di

venti anni (*longi temporis*) non avrebber potuto invocarsi— pure giova rammentare una opinione del Brunemanno—Egli proponeasi di comentare la *l. 4. c. de praescr. long. temp.* così espressa « *Diutina possessio tantum jure successionis,* SINE JUSTO TITULO *obtenta, prodesse ad praescriptionem hac sola ratione non potest:* Legge alla quale era talun' altra concorde: *Usucapio, non praecedente* VERO TITULO *procedere non potest: Nec prodesse, neque tenenti, neque heredi ejus potest: Nec obtentu, velut ex hereditate esset* QUOD ALIENUM FUIT, *domini intentio* ULLO TEMPORIS LONGI SPATIO *absumitur (l. 4. c. de usucap. pro her.)* ».

Il Brunemanno, rapportando la opinione uniforme di Molineo, e di altri classici trattatisti nella materia di prescrizioni, promuove il dubbio circa il se nelle prescrizioni *longissimi temporis*, se finanche nella *immemorabile* correr dovesse la istessa necessità di requisiti — Egli si esprime così: *Et quamvis in longissimi temporis praescriptione non requiratur titulus, et multo minus in immemoriali;* TITULUS *tamen vitiosus apparens, bonam fidem tollit, etiam in* LONGISSIMI *temporis praescriptione, imo etiam in* IMMEMORIALI. (*Brunnem. ad l. 4. c. 7. 33, de praescr. long. temp.*)

Se il diritto civile de' Romani non esprimea la necessità de' requisiti « *buona fede, giusto titolo* » nelle prescrizioni di XXX e di XL anni, quelle regole non furono dalla Chiesa Cattolica approvate.

Il diritto Canonico riconoscea la prescrizione—ma fuor di equivoci la *buona fede* era un estremo imprescindibile da essa—Nelle Decretali di Gregorio

IX era scritto così—*vigilanti studio cavendum est, ne malae fidei possessores simus: quoniam* NULLA ANTIQUA *dierum possessio juvat aliquem* MALAE FIDEI *possessorem, nisi resipuerit postquam se noverit aliena possidere: quum* BONAE FIDEI *possessor dici non posset — Ephesinus enim legislator solum propter vitandam miserorum segnitiem, et longi temporis errorem, et confusionem, primus* XXX *vel* XL *ann. prescriptioni vigorem legis imposuit*—NOBIS *autem, tam in rebus cognitis, quum latentibus placuit* NON HABERE VIGOREM (Decretal. Greg. IX. lib. 2. tit. 26. cap. 5. de praescript.)

Era adunque per diritto Canonico assolutamente vano l'invocar lungo tempo, o tempo lunghissimo, se l'estremo della *buona fede* mancato fosse in colui che allegava il presidio della prescrizione—E per un debitore, *la mala fede* concorrendo, egli non poteva di prescrizione giovarsi—La ragione stava in ciò, che la più lunga ed immemorabile prescrizione allegata da un debitore, il quale abbia contro di se il titolo, il quale non abbia mai pagato quel che doveva; e che non abbia avuto mai ragione da ottener quitanza, e da annientare l'effetto del titolo in danno del creditore, questa specie di prescrizione per diritto canonico non altramente si tradurrebbe, che in *un abuso* lungamente tolerato, in una lunga *viziosa consuetudine*—Il debitore non è stato ricercato dal creditore per lunghissimo tempo: ha acquistato un'abitudine, su cui fonda la sua speranza di non esserne ricercato mai più—Ma è nel diritto eterno e Divino la regola che esclude assolutamente questo abuso: il debito non pagato è

sempre *debito*, è *vero debito*; e la *verità* messa in collisione con l' *abitudine*, con l' *uso*, dee sempre prevalere — *veritate manifestata, cedat consuetudo — veritati manifestatae debere consuetudinem cedere — nemo consuetudinem rationi et veritati praeponat — consuetudinem ratio et veritas semper excludit*. (Così Gregorio Settimo scriveva a Guitmondo Vescovo Aversano — veggasi nel Corpo del *diritto canonico* la Distinzione VIII del Decreto *parte 1. cap. 4. 5. 6.*) — Dal che la scuola, ed il foro conchiudeano « *corruit praesumptio boni tituli, et immemorabilis, quando de veritate iniqui tituli constat—lex enim iniquitati favere nequit* ». E nel titolo *de regulis juris canonici*, la seconda regola è: *possessor malae fidei* ULLO TEMPORE NON *praescribit* (cap. possessor 2 de reg. jur. in sexto.)

« La glossa aggiunge *is dicitur malae fidei possessor, qui* HABET CONSCIENTIAM REI ALIENAE . . . . *quaeritur quid juris : utrum possim me tueri praescriptione? respondet quod non, etiamsi* longissimo tempore possedero: *quia possessor malae fidei non praescribit* ullo tempore, *suppleatis* nec longissimo: *Quia possessor malae fidei est continue in peccato mortali; et diuturnitas temporis non diminuit peccata, sed auget* »—(gloss. *possessor* ad cap. 2. de reg. jur. in sexto).

Riconobbero i Longobardi non l'usucapione, ma la prescrizione di 30 anni pe' beni mobili, ed immobili in *buona fede* posseduti (*LL. Longobard. lib. 2. tit. 35.*)

Il fratello contra il fratello per dividere, e per re-

scindere la divisione di beni lesiva godea come eccezione il beneficio di non poter essere forchiuso che dopo 40 anni—(*l. 7 LL. Longobard.*)

Contra il Fisco correa la prescrizione di sessant' anni—A queste leggi succederono in materia di prescrizione tre Costituzioni del nostro patrio diritto emanate dall' Imperatore Federico II.

La prima *duram*, *et diram*, abolisce le prescrizioni di un anno, di un mese, di un giorno, di una ora — richiama in osservanza le regole dell' usucapione nelle cose mobili secondo l' antico diritto: *usucapionibus*, *quae in rebus mobilibus jure communi inductae sunt*, *in sua firmitate servatis*. E ripristina le regole del diritto Romano circa le prescrizioni de' dieci anni fra i presenti, di venti anni fra gli assenti; sol che i due indispensabili requisiti concorressero, *titolo*, *e buona fede*—« *Generales praescriptiones communis juris locum habere*, *si inter praesentes decennii*, *inter absentes vicennii*, *praecedente scilicet* TITULO, ET BONA FIDE *ex utraque parte undique concurrente* » —Questa legge stabilisce, che le azioni ipotecarie vivano per quaranta anni—che ogni altro diritto, ed azione con la trentennale si estingua—conserva inoltre la quadragenaria prescrizione di diritto Longobardo sopraccennata nelle quistioni di divisione tra fratelli. (*Duram*, *et diram tit.* 37 *lib.* 3.)

La seconda, *consuetudinem pravam* dello stesso Imperator Federico II. tratta della prescrizione ne' feudi — laddove fino a quella epoca ritenuto si era come imprescrittibile il diritto su i feudi, questa legge ristringe a 30 anni l'azione contro al posses-

sore di un feudo, e lo dichiara sicuro — conserva la imprescrittibilità in questo senso solo, se il feudo si sia dismembrato, ed un fondo *de tabula feudi* si pretenda occupato, e prescritto—(*Consuetudinem pravam tit.* 38 *lib.* 3.)

La terza, *quadragenalem* abolisce le prescrizioni di 40, e 60 anni, che aveano luogo contro del Fisco pe' beni pubblici, prorogandole a cento anni—conferma in oltre quella prescrizione di quattro anni, che era indotta per le leggi *Omnes*, e *Bene* a *Zenone*, *cod. de quadrien. praescriptione* (*Quadragenalem—tit.* 39 *lib.* 3.)

Così furon le cose fino al governo Aragonese.

Ferdinando I. nel 1477 dichiarò non potersi escludere le prescrizioni per motivo di guerra, e di peste, menochè in caso di assenza per tali cause: ma nel proemio di questa legge è scritto che egli intendea riportarsene alle teoriche generali di diritto *civile*, come di diritto CANONICO in materia di prescrizione—*Juris* UTRIUSQUE CENSURAM, *quae praescriptiones legitimas ad utilitatem publicam introduxit, ne rerum dominia in occulto essent, et perpetuo remanerent* IMITANTES, *statuimus etc.*—Lo che induce una difformità di principj dirimpetto alla Costituzione *Duram et diram* di Federico II—Quella parlò di giusto *titolo* e di *buona fede*, solo per le *decennali* e *ventennali* prescrizioni, perchè volle attenersi strettamente al diritto Romano—*Generales praescriptiones communis juris locum habere*. Quindi non prefinì l' estremo de' requisiti nella prescrizione di oltre a' trenta anni — Questa di Ferdinando Aragonese opportunamente spiegò che non

al solo *diritto Romano civile* egli volev' attenersi; sibbene al diritto CANONICO: *Juris UTRIUSQUE censuram.*

Nè dopo questa legge, che chiaramente alle regole del diritto *canonico* si attiene, alcun' altra si offre nel corpo delle patrie leggi, la quale ne contraddica il tenore.

Dello istesso Re Ferdinando I. nel 1477 altra Prammatica fu emanata, *aliam calumniam*, che è relativa alla restituzione in intiero in materia di prescrizione per istrumento rinvenuto, ma questa legge punto non deroga alle teoriche sopra espresse (*pram.* 1, *e* 2 *tit.* 197 *de praescript.*)

Nè meno pertinente ad alterar que' principj sarebbe la *Grazia del 1720*—la istoria di quella Pramatica è la seguente—I Baroni di questo Regno, dopo aver fatto all' Imperator *Carlo sesto* un donativo di 300mila ducati per mezzo del Vicerè Conte di Daun, ed un altro di 350 mila per soccorrere all' Imperial Erario, ciascun Barone pagò nel governo del Vicerè Cardinal Grimari un relevio anticipato, un' annata di adoa: soggiacque inoltre alla imposizione per la cassa Militare, ed a due donativi di ducati 200 mila l' uno ad occasione della nascita del serenissimo figlio dell' Imperatore—quindi il baronaggio implorò talune grazie, di cui la seconda merita esser particolarmente narrata, per non confondere una legge tutt' affatto relativa alle prescrizioni tra *Fisco*, e *Baroni*, con le prescrizioni tra privati, e privati.

Si espone adunque dal Baronaggio ch' esisteva una Ruota nella Regia Camera chiamata del Ce-

dolario per emendar gli errori fatti in danno del Regal patrimonio, e per reintegrare alla Regia Corte tutto quello che le fosse stato occupato, o di meno pagato per adoe, relevj, ed altro, e che continue vessazioni per tali cagioni essi Baroni risentissero, malgrado la *centenaria* possessione, perchè teneasi il titolo come vizioso—Altronde essi diceano che nelle vicende popolari del 1701, quando il Barone Sassinet e D. Carlo de Sangro mosso aveano il popolo al tumulto, un incendio distrutto avesse molte scritture e titoli—Supplicavano perciò onde ottenere l'abolizione di quella ruota del Cedolario, ed ordinarsi che *i possessori presenti di detti feudi, offizj, e regalie, ed ogni altra specie di beni, ragioni, ed azioni* ove il *Fisco* possa aver pretensione, *ragione ed azione veruna, da oggi in avanti non sieno molestati* dal detto Regio Fisco *per qualunque delle cause spettanti e solite* conoscersi da detta Ruota del Cedolario, ossia di nuova tassa di adoa così decorsa, come decorrenda, *e de' relevj non pagati, o di mancanza di titolo, o di devoluzione, occupazione, usurpazione, o altra qualsivoglia causa, ma giovi loro bastantemente lo stato della* sola possessione *o quasi, nella quale* di presente *si trovano godere o possedere, o di aver goduto, o posseduto essi, o li predecessori, da chi essi abbiano causa per lo spazio di anni dieci avanti che si promovesse in giudizio la pretensione* fiscale, *e che la presente comprenda anche le cause pendenti, e decise anche per sententiam*—La grazia fu concepita così

Placet Sacræ Cesareae Catholicæ Majestati cau-

sas inter Regium FISCUM *et privatos, sublata aula, quae dicitur Caedularii, tractari in aula Magna Regiae Camerae, et possessionem sive* immemorabilem *sive* centenariam *procedere contra Fiscum, et tutos reddere possessores* bonorum et jurium feudalium *vel regalium a quacumque molestia* REGII FISCI, *etiamsi constaret de titulo vitioso, infecto, vel invalido, dummodo tamen titulus praedictus non sit exhibitus ab eisdem possessoribus.* (*Privilegii et Capituli* con altre grazie concesse alla fedelissima Città—*tom.* 2 *in fine pag.* 292, *et* 296)

Questa legge non distrugge le antecedenti regole — quì sono per eccezione, per grazia, in bilateralità di un donativo, che al Fisco erasi fatto dal Baronaggio, condonati dal Fisco i diritti fiscali al BARONAGGIO per quanto è compreso nella grazia—Quì non si parla delle prescrizioni da PRIVATO A PRIVATO, ma solo da *Baroni a Fisco*. Dunque da privato a privato non vi è derogazione alla legge di Ferdinando I. del 1477, che vuole i requisiti *juris* UTRIUSQUE, cioè del civile non solo, ma eziandio del canonico per lo quale *possessor malae fidei ullo tempore non praescribit* (*cap. possessoris* 2 *de reg. jur. in VI.*).

Ciò premesso, percorriamo gli scrittori, e ricerchiamo in essi i sistemi di giudicare, e di consultare in materia di prescrizione.

Andrea Fachineo onore della cattedra di giurisprudenza in Pisa (*Controv. jur. lib* 8 *cap.* 26) rapporta che taluno avesse ritenuto non necessaria la buona fede nelle prescrizioni di tempo *immemorabile*; e rapporta le autorità di coloro che

a tale avviso fossero concorsi—Soggiunge: *sed horum sententia explodenda est*, *sive* ratione, *sive* jure *sive* auctoritate *certandum sit*.

(1. Ratione)—*nam ratio est in promptu. Omne quod non est ex fide, peccatum est, ut ait Apostolus: Tantoque sunt graviora peccata, quanto diutius infelicem animam detinent alligatam, ut dicebat Gregorius PP. in cap. ult. de consuetudine. Ergo, qui est in mala fide, rem alienam detinens, peccat, nec poterit absque peccato legis beneficium obtinere, praescriptionem inducentis. Omni enim constitutioni derogandum est, quae absque peccato servari non potest, ut inquit sanctus Pontifex in cap. ult. de praescript.*

(2. Jure) — Jus *est etiam perspicuum hac in re*: *Nam* nullam *praescriptionem absque bona fide valere declarat Sanctus Pontifex in cap. Vigilanti, et in cap. ult. de praescriptione—Si nulla praescriptio valet, igitur nec* immemorialis.

(3. Auctoritate)—*Nec desunt auctoritates Doctorum, quae contrariis opponantur auctoritatibus. Nam sententiam hanc, qua dicimus non valere praescriptionem etiam immemorabilem* absque bona fide, *amplectuntur* . . . . . (qui Fachineo cita una serie numerosissima di autorità).

Il Regente Capicio rapporta le memorie di grave causa agitata nel S. R. C. tra'l Monastero di S. Martino, e la Università di Lanciano — Pretendea il monastero un credito—la università difendeasi con la prescrizione; e gli argomenti al sostegno della prescrizione eran questi

1. son decorsi *centoventi anni* dalla epoca del

ritardo—Vi è quindi la prescrizione di tempo *immemorabile*—dunque non v'è più ricerca di *buona* o di *mala fede*.

2. siccome per l' *immemorabile* decorrimento di tempo si presume *un titolo obbligatorio:* così, e molto più per l' *immemorabile* silenzio del voluto creditore, si presume esistito un titolo *liberatorio*.

3. quelle leggi ch' escludono la prescrizione, non escludono la *immemorabile*.

4. morti coloro che rappresentavano la Università nella epoca della contrazione del debito, i successori individui della istessa Università debitrice sono stati in *buona fede*, ignorando il debito finchè non si è notificato il documento costitutivo di quello.

Pure alcun di tali argomenti non era valido.

1. *Immemorabile* è quella prescrizione sola, sul cominciamento della quale non può statuirsi un punto da cui partirsi: poichè di questo punto non vi è nè può esservi memoria—Una prescrizione di *cento* anni, o anche di maggior periodo se è questo periodo fissato, conosciuto, *determinato*, non è più *immemorabile*—Quindi fuori sede si chiamerebbe *immemorabile* una prescrizione, di cui si definisce il cominciamento da 120 anni prima.

2. Il lunghissimo silenzio del voluto creditore non diminuisce la *mala fede* nel debitore che cominciò a mancare dal pagamento.

3. Il mandato con cui la corporazione debitrice incaricò i suoi rappresentanti d' intervenire nell' istrumento di debito; ciò importa che la corporazione debitrice non possa allegare ignoranza, e *buona fede*—La *corporazione* altronde vive tut-

tora: Essa è perpetuamente *la stessa*, comunque si cangino i suoi rappresentanti (*l. 7 quod cuiusq. univ. nom.* — *l. 76 de judic. et ubi quis*)

4. *Giurò* il rappresentante la Università per la esatta osservanza del debito contratto—E perciocchè è un assioma ricevuto *quod debitor cum juramento obligatus, praesumitur mala fidei possessor, propterea nullo tempore praescribit, per mille annos viveret.* (Così pure osservò Ricci *prax. civ. pag.* 301 *n.* 5).

Premesse queste, ed altre considerazioni, *fuit votatum quod condemnetur Universitas Lanciani ad solvendum etc.* (*Capycius. dec. 4*)

Matteo de Afflictis, nel suo Decisionario, rapporta la quistione promossa nel S. R. C. circa il se nelle prescrizioni di 30, e 40 anni colui che allegava ignoranza potesse contra il proprio silenzio esser restituito in intiero. — E la quistione è sciolta così: *tandem post longam examinationem per plures dies fuit per omnes dominos consiliarios votatum quod ex capite justae ignorantiae restituatur ignorans de suo jure ignorato adversus praescriptionem 30 vel 40 annorum, quia ista est communis opinio etc.* (*Decis. S. R. C. dec. 329. n. 7*). E siccome nel rapportare questa Decisione Afflictis rammemora un'altra precedente, la XXXVI, giova rimarcar che in quella sono annotate le seguenti riflessioni —1. La prescrizione è qualificata *impiissimum refugium.* (*ad. dec. 37. Affl. ved. Ursill. in n. 3.*)— 2 a colui che rinviene un antico istrumento si apre l'adito finanche *adversus praescriptionem etiam 100 annorum*: *Et quandoque*

claruerit veritas, quod res mea sit, adversus praescriptionem etiam 100 annorum . . . non dimittitur peccatum, nisi restituatur oblatum—(*ibi idem in n. 2, 3.*)

Gio: Pietro Fontanella nel suo decisionario (*Dec. 82.*) definisce la prescrizione: *iniquum praesidium*, e rapporta una schiera di concordi scrittori, che pria di lui l'aveano del pari definita, *iniquissimum refugium*, *odiosum*, *improbum lucrum*, *et improbam allegationem*, *iniquam defensionem*, *et contra naturalem aequitatem.*

Giuseppe de Rosa nelle sue consultazioni (*consult. 23.*) ritornando sugli estremi del *giusto titolo*, e della *buona fede* in materia di prescrizione indispensabili, scrivea così: *ubi manifeste apparet de titulo vitioso, cessat praescriptio, ne dum 30, vel 40 annorum, sed CENTENARIA, imo IMMEMORIALIS*—E cita una quantità di scrittori uniformi a tali principî— Soggiunge « *cum in manifesta mala fide sit, praescribere non potuit, quod etiam in praescriptione personalium actionum locum habere communius receptum est, uti scribunt. . .* ».

Così erano le opinioni sulla materia nel decimosesto secolo: pure non mancavano delle contrarie sentenze per le quali nel nostro foro insino all'anno 1738 vedeasi incerto fluttuare il destino della quistione se, ed in quali casi la prescrizione fosse ammessibile; e per lo più la eccezione di prescrizione, comunque perentoria fosse, era al merito della causa riunita, volendo i giudici approfondire se d'altra banda concorressero o pur

no argomenti estrinseci che rendessero l' invocato rimedio inefficace della prescrizione.

CARLO III. d'immortale memoria col trattato sottoscritto a Vienna nel 1736 rimasto pacifico Monarca di questo Regno, cominciò ad emanare per la felicità de' suoi popoli norme legislative più conformi al loro benessere; e la Prammatica del 18 marzo 1738, fu tra le altre sue leggi memoranda per le multiplici riforme che apportò nello sperimentò de' giudizj — Quivi sotto il titolo « *per lo Sacro Regio Consiglio* » è chiaramente indicato che *fluttuante* fosse in quella epoca, e *difforme* la maniera di giudicare in materia di prescrizione: dubbio fosse ed incerto se, e come, nel nostro Regno la materia delle prescrizioni dovess' essere applicata — Ed ivi leggesi così:

Ordiniamo che quattro volte l'anno si debbano unire le quattro Ruote del S. R. C. nella giornata. . . . ove si debba. . . proporre un articolo... controvertito, quale dall' intero S. C. debba decidersi, e deciso che sarà se ne debba fare rappresentazione a noi, affinchè, se altrimenti non ci sembrerà, possiamo approvare una tale decisione, ed approvata che sarà, si debba secondo una tale decisione giudicar de' casi simili in tutt' i Tribunali del Regno—E perchè la più importante determinazione si è quella se in Regno debb' ammettersi la prescrizione, ed IN QUALI CASI; *pertanto nella prima unione del S. R. C. vogliamo che debba trattarsi questa materia, determinandosi la maniera con la quale si debbano avere in Regno per prescritte le azioni—E sino a tanto che non*

sarà stabilito questo punto generale, vogliamo che da oggi in avanti, se l'attore muova lite contro di alcuno, e l'azione di muover la lite l'abbia acquistata 30 anni prima di proponerla; in questo caso non si possa dare il termine, se non dopo che saranno elassi i due mesi dal giorno che sarà notificata la prima petizione alla parte avversa, affinchè la medesima possa prepararsi alla difesa, ed instruirsi di quelle cose, delle quali verosimilmente non può esser consapevole per lo elasso del tempo; e che dopo che saranno scorsi due mesi si proceda alla compilazione del giudizio nella forma prescritta di sopra: e compilato che sarà il termine, e fatta la monizione ad sententiam, *non si possa decidere la causa*, se non dopo che sarà passato un mese dal giorno che sarà notificata la monizione—(*Pragm. XVIII dell'anno 1738 de ord. et form. judic. § 3. n. 1. e 2.*)

Nello stesso anno 1738 a'23 di decembre il S. R. C. si riunì, costituito da coloro che resero immortale la gloria del Foro Napoletano, e di cui ben diceasi allora « *terret me auctoritas Sacri Consilii* » e decise così: *Sacrum Consilium censet praescriptioni, qua actiones extinguuntur, in quocumque Regni foro locum esse oportere: modo conditionibus a Jure Civili*, PONTIFICIO, *ac Lege* MUNICIPALI *praestitutis plane sit confirmata—Propterea neque* DEBITOREM, QUI OB CONSCIENTIAM DEBITI SEMPER EST IN MALA FIDE, *neque heredem, licet bonae fidei, qui possessori malae fidei successerit, praescriptione juvari unquam posse — Caeterum in tertio possessore bonam fidem praesumendam esse.*

Ideoque lapsu triginta annorum a die natae actionis, ac deductis temporibus de jure deducendis, legitima praescriptione eum recte uti posse — Ad hanc tamen excludendam licere actori apertis argumentis probare illum possessorem sive ab initio, sive intra praescriptionis spatium vere in MALA FIDE *fuisse, probationibus praesumptae malae fidei prorsus rejectis etc.*

E quattro anni dopo, a' 15 di decembre 1742, il Re Cattolico per l'organo del Marchese Bernardo Tanucci sanzionò l'avviso del S. R. C.: *Me ha mandado dezir a V. S. que se observen como Lei en todos los Tribunales del Reyno, y que V. S. disponga que se transmita noticia authentica de estas decisiones, y de la approbacion de su Mayestad, a todos los Tribunales Collegiados del Reyno, etc.*

Notevole è dopo ciò un Regale dispaccio del Re Ferdinando IV. così concepito — « Informato il RE con la relazione di V. S. Illus. e di cotesto Fiscale de' servigj prestati dalle sorelle . . . . al fu Sacerdote . . . mi comanda dirle, che faccia giustizia su le pretensioni delle due ricorrenti sorelle; e dispensando, in caso di bisogno, alla legge di *prescrizione*, per non aver domandato a tempo proprio la soddisfazione de' servigj prestati, come non prescrivendo *contro povere donne* incapaci, ed ignoranti, *la di cui qualità dee paragonarsi a quella del rustico, che è sempre favorito dalla legge*—Napoli 5 di agosto 1769. Bernardo Tanucci—Sig. Governatore di Caserta (*v. De Suriis lib. II. pag. 108. num. 7.*)

Nel nuovo diritto la prescrizione fu ritenuta come un *mezzo per acquistare diritti*, e per *liberarsi da obbligazioni*, ma fu soggiunto che dovessero concorrere *le condizioni stabilite dalla legge*, non bastando indistintamente l'allegare che fosse trascorso il tempo per acquistare la prescrizione (art. 2219 c. c. 2125 l. c.)

Oltre a ciò il termine della più lunga prescrizione fu determinato a 30 anni (art. 2262 c. c. 2168 l. c.; e 2281 c. c. 2187 l. c.)

Lo Stato, i comuni, ed i pubblici stabilimenti furono sottoposti come i particolari alla prescrizione (2227 c. c., 2133 l. c.)—ma fu appositamente sancito « non si può prescrivere il dominio delle cose che *non sono in commercio* » (2226 c. c. 2132 l. c.)

E quando la legge organica sull'amministrazione civile fu pubblicata, il legislatore avvertì che indistintamente *ogni occupazione ed ogni alienazione illegittima del demanio comunale* fosse dichiarata abusiva a *qualunque epoca* l'una o l'altra rimontasse, dovendo in ogni tempo essere *improduttiva di alcun effetto o diritto* — (art. 176 l. 12 dic. 1816).

L'ultimo titolo del codice civile (art. 2219 a 2281), e l'ultimo titolo delle leggi civili (2125 a 2187) dopo generali disposizioni, analizzano i requisiti del *possesso* (2228 a 2235 c. c. 2134 a 2141 l. c.) — le cause che impediscon là prescrizione (2236 a 2241 c. c. 2142 a 2147 l. c.) — quelle che la interrompono (2242 a 2250 c. c. 2148 a 2156 l. c.) — quelle che ne sospendono

il corso (2251 a 2259 c. c. 2157 a 2165 l. c.)

Poscia, fissato il principio che la prescrizione si calcoli a giorni e non ad ore, e che si acquisti quando compiuto sia l'ultimo giorno del termine (2260, 2261 c. c. 2166, 2167 l. c.), segnano speciali regole per la prescrizione di trenta anni (2262 a 2264 c. c. 2168 a 2170 l. c.) — per quella di venti e di dieci anni (2265 a 2270 c. c. 2171 a 2176 l. c., e v. 1638, 1258 e 398 l. c.) — per quelle che hanno particolari norme come di eccezione (2271 c. c. seg. 2177 l. c. seg.)

Ciò premesso giova quì rapportare della Giurisprudenza francese le massime seguenti ritenute fra l'altro dalla Cassazione di Parigi.

1. L'art. 2277 cod. civ. (conc. 2123 l. c.) sulla prescrizione si applica alle prescrizioni per *liberarsi*, come a quelle per *acquistare* — La regola che le prescrizioni cominciate sotto l'antica legislazione non possano essere regolate dalle leggi novelle, si applica pure al caso in cui dopo la novella legge è scorso un termine bastevole per prescrivere—quindi la prescrizione di cinque anni stabilita per le pigioni, e per gli affitti nell'art. 2277 cod. civ. (2123 l. c.) non è applicabile alle pigioni, ed agli affitti maturati pria della pubblicazione del nuovo codice, abbenchè non fossero stati reclamati che sei anni dopo della pubblicazione del codice — (Sirey 13 1. 55 causa Cuvalier).

2. Gli art. 2272 e 2273 c. c. (2178 e 2179 l. c.) i quali fissano la prescrizione di un anno o di cinque anni per gli onorari dovuti a' medici, a' chirurgi, a' patrocinatori non sono applicabili a' salari dovuti ad un *agente di affari* — questi

salari non si prescrivono che con trent'anni— Rigetto—(Cassazione causa Brion 18 marzo 1818 Sirey 18 1 234).

3. Prima della pubblicazione del codice civile gli arretrati di una rendita costituita pel prezzo di vendita d'immobili non si prescriveano che col decorso di trent'anni — (causa *de Novailles* 14 ottobre 1806 Cassazione— Rigetto Sirey 6 2 597)

4. Proporre la prescrizione di trent'anni contro il capitale è lo stesso che proporre virtualmente la prescrizione quinquennale contro gli arretrati— Quindi, avendo le parti eccepita la prescrizione di trent'anni contro il capitale, i giudici debbono supplire la prescrizione quinquennale per le annualità— (causa *Levasseur* 25 febb. 1822—Cassazione — Sirey 22 2 344)

5. L'assenza non sospende la prescrizione nè secondo il codice, nè secondo le leggi anteriori (causa *Hondras* 25 ottobre 1813 Cassazione—Rigetto Sirey 15 1 51.)

6. Il coerede che si è impadronito della porzione di eredità spettante ad un assente se si avvale della prescrizione, non può pretendere di aver prescritto contro l'assente stesso riguardo al quale vi è presunzione di morte—la prescrizione non può in questo caso decorrere che contra i figli o eredi dello assente i quali si reputano essergli succeduti, e che sono quindi ammissibili ad opporre la sospensione della prescrizione durante la loro minorennità (causa della vedova *Carrin* 10 nov. 1824 Cassazione—Rigetto—Sirey 25 1 167)

7. L'attore nella revindicazione può, per com-

pletare la prescrizione, avvalersi del possesso del terzo detentore evitto, benchè innanzi la usurpazione di questo detentore egli medesimo non avesse avuto alcun possesso di fatto (causa *Delahaye* 8 termidoro anno 13 — Sirey 5 2 528).

8. Il debitore può opporre a colui che ha pagato il debito alla sua insaputa, ma in tempo in cui non era esso prescritto, la medesima eccezione di prescrizione che potrebbe egli far valere contro il creditore primitivo se si presentasse per essere pagato — L' affittatore di un demanio nazionale se di questo sia divenuto acquirente, ha potuto per cinque anni prescrivere i suoi fitti anteriori allo acquisto (causa Bodet 18 ottobre 1809—Cassazione Rigetto — Sirey 10 1 37).

9. L' azione degli avvocati pel pagamento de'loro onorarì non è soggetta alla prescrizione de'due anni stabilita dall'art. 2273 cod. civ. (2179 l. c.) la loro azione dura per trent'anni (causa *Accarias* 30 luglio 1821. — Sirey 22 2 147).

10. La presunzione fissata dall'art. 108 cod. di commercio (106 l. di eccezione) in favore de' commessionati di vettura, non è applicabile che negli affari commerciali — non può essa esser opposta ad un particolare non commerciante che reclama gli effetti da lui dati per trasportarsi — (causa Lacombe 4 luglio 1816 Cassazione — rigetto— Sirey 17 1 300).

11. I commissionati di vettura possono invocare la prescrizione stabilita dall' art. 108 cod. di comm. (106 l. di eccez.) senza essere obbligati di far costare la perdita delle mercanzie ; purchè non vi

sia nè frode, nè infedeltà dalla loro parte (causa *Hémon* 8 marzo 1819—Cassazione Sirey 19 1 333).

12. La prescrizione contra un credito cessa di correre dal momento in cui vi fu compensazione—quindi non può invocarsi la prescrizione se non era essa acquistata nel tempo in cui la compensazione ebbe luogo—Poco importa che la compensazione non siasi opposta se non dopo spirato il tempo necessario per prescrivere — (*causa* Cheneuzac *3 febbrajo 1819 — Cassazione Sirey 19 1 279.*)

13. La prescrizione delle azioni del minore contro il tutore relativamente a' fatti della tutela si dee regolare secondo il codice civile quando la maggior età si è compiuta dopo la pubblicazione di questo codice — poco importa che l'amministrazione della tutela abbia avuto luogo sotto la legislazione anteriore — (*causa Duval 26 luglio 1819 Cassazione—Rigetto — Sirey 28 1 43*).

14. Quantunque la prescrizione non sia sanata dalle difese in merito, pure questa regola cessa se prima di avere il convenuto eccepito la prescrizione, una sentenza in ultima istanza giudicando sul merito decida che non si è pagato, e lasci indecisa la quistione di sapere a qual somma debba esser egli condannato (*causa Fontaine 25 gennajo 1808— Cassazione — Rigetto — Sirey 7. 2. 1110*)

15. Rispingere la eccezione di prescrizione come tardiva non equivale ad una rinunzia presunta, secondo le circostanze—quindi una sentenza che rigetta la eccezione di prescrizione perchè proposta dopo le difese in merito, *et rebus non integris*, è una violazione espressa all' art. 2224 cod. civ.

concord. art. 2130 l. c. — (causa Parizet 5 giugno 1810 Sirey 10 1 282.

16. Lo scritto col quale una persona riconosce aver ricevuto da un altro una lettera di cambio pagabile ad un certo tempo con promessa di restituirgliela, non ha il carattere nè di lettera di cambio, nè di viglietto ad ordine—In conseguenza non è soggetto alla prescrizione di cinque anni (causa Bourget 19 gennajo 1813—Cassazione—Sirey 13 1 110).

17. La prescrizione di cinque anni stabilita dall'art. 189 cod. di comm. (195 l. di eccez.) per le lettere di cambio, ed i biglietti ad ordine, principia a correre dal giorno innanzi alla scadenza. Poco importa che siavi o no stato protesto (causa Rovillon 13 aprile 1818 Sirey 18 1 254).

18. La prescrizione di cinque anni stabilita a riguardo degli effetti di commercio essendo fondata sulla presunzione del pagamento, il debitore non è ammessibile ad opporla, se egli ha in qualsiasi modo riconosciuto non aver pagato; e la riconoscenza di non pagamento può risultare da che nella presentazione del biglietto non si è egli ricusato di pagare se non fondandosi su di una opposizione fatta nelle sue mani — (causa Triquet 7 gennajo 1815 Sirey 15 2 83.)

19. Nelle lettere di cambio i giudici non possono rigettare la prescrizione di cinque anni per semplici presunzioni di non pagamento— Non è applicabile quì l'art. 1353 c. c. (concorda articolo 1307 l. c.)—(causa Martin 9 nov. 1812 Sirey 13 1 149.)

20. La prescrizione di cinque anni per gli effetti commerciali, e la presunzione legale di pagamento sul quale essa è fondata, possono esser rigettate con la pruova di un pagamento, quando pruovasi nel tempo istesso che il creditore sia stato posto nella impossibilità di reclamare il suo pagamento per dolo o frode del debitore—(causa Pons 14 genn. 1818 Cassaz.—Rigetto—Sirey 19 1 141).

21. Quando un biglietto ad ordine sottoscritto prima del codice di commercio rimase, vigente il codice, per lo spazio di cinque anni senza atti giudiziarj dopo la sua scadenza, la prescrizione quinquennale debb'essere giudicata secondo la legge antica del tempo in cui il biglietto fu sottoscritto, e non secondo la legge nuova, vigente la quale, scorsero i cinque anni senza atti giudiziarj—(causa Durat Lassalle 13 giugno 1818—Sirey 19 2 293).

22. La prescrizione di cinque anni stabilita dall'art. 189 c. di com. (conc. art. 195 leg. di eccez.) non è applicabile a' biglietti ad ordine sottoscritti anteriormente alla pubblicazione del cod. civ., quantunque sotto il suo impero sieno scorsi più di cinque anni senza procedure—(causa Violle 12 giugno 1822—Cassaz. rigetto—Sirey 22 1 319).

23. La prescrizione de' cinque anni che ha luogo per le annualità decorse, non è applicabile alle annualità decorse prima della legge che stabilì questa specie di prescrizione—(causa Chisson 24 pratile ann. 8 Cassaz. Sirey 1 2 249).

24. Nelle cause prescrittibili prima del codice ed imprescrittibili secondo il codice civile qualun-

que possesso dopo il codice è senza effetto, benchè l'attore unisca questo possesso recente ad un altro antecedente che avrebbe avuto il suo effetto secondo le leggi di allora (causa Hugel 10 febb. 1812 —Cassazione—rigetto — Sirey 13 1 3).

25. La prescrizione di cinque anni stabilita dallo art. 189 c. com. (195 ll. ecc.) non ha luogo se il debito è riconosciuto con atto separato ancorchè l'atto fosse anteriore all'effetto di commercio soggetto alla prescrizione— (Causa Bruyere 2 febb. 1819— Cassaz. rigetto — Sirey 19 1 408).

26. Quando una rendita è stata costituita *al quattro per cento*, ma con la condizione espressa che dopo sei anni a datare dal contratto il creditore potrà esigerla sulla tassa del *cinque*, il non esercizio *per trent' anni* del diritto che il creditore si è riserbato, non opera la estinzione, salvo se da se medesimo non siesi prescritto il contratto di rendita—(causa Delasaille 30 nov. 1809 Sirey 10 2 232).

27. Quello che vende la facoltà di fabbricare sul suo terreno è liberato dalla sua obbligazione, se l'acquirente lascia scorrere 30 anni senza servirsi del suo diritto — Questa decisione ha luogo anche quando siesi stipulato che il venditore non possederà che a titolo precario il fondo, su di cui la fabbrica deve eseguirsi — (causa Ventenat 22 marzo 1811—Sirey 11 2 253).

28. La prescrizione di tre anni non può opporsi dal detentore degli oggetti perduti, se nello intervallo il proprietario ha fatto degli atti giudiziarii contro un garante ; benchè non l'abbia egli fatto contro il detentore medesimo—In questo senso

bisogna intendere l'articolo 2179 c. c. 2073 l. c. sulla revindica, e l'art. 2244 c. c. 2150 l. c. sulla prescrizione—(causa Zellwegner 16 febb. 1820 Cassaz. rigetto — Sirey 20 1 178).

29. Gli affissi, ed altre procedure ulteriori di espropriazione sospendono la prescrizione di dieci anni stabilita per la inscrizione ipotecaria—(causa *Laugier* 5 aprile 1808 — *Sirey* 8 1 216.)

30. La prescrizione di cinque anni si applica agli interessi del prezzo della vendita d'immobili, come agl' interessi delle somme prestate — (causa *Gouguenheim* 29 maggio 1818 — *Sirey* 19 2 110).

31. Gl' interessi decorsi dalla domanda giudiziaria sino al giorno della sentenza non sono soggetti alla prescrizione di cinque anni che possa correre prima della sentenza la quale gli rende esigibili— (causa *Rubot* 27 giugno 1817 *Sirey* 17 2 375).

32. Gl' interessi del prezzo di una vendita d'immobili non sono soggetti alla prescrizione di cinque anni — (causa *Courtois* 15 febbrajo 1822. *Sirey* 23 2 136 — v. in senso contrario una decisione della Corte di Colmar del 26 giugno 1820 in *Sirey* 22 2 148, ed altra della Corte di Limoges del 17 luglio 1822 in *Sirey* 22 2 295, ed infine altra decisione della Corte di Nancy di giugno 1825—Causa *Morel* rapportata da *Sirey* 25 2 364).

33. Gl'interessi prodotti da anticipazioni commerciali non si prescrivono col decorso di cinque anni—(causa *Conscillant* 18 maggio 1825 *Sirey* 25 2 390).

34. La prescrizione dell' azione personale non è

interrotta dalle procedure dirette contro del terzo acquirente de' beni ipotecati al debito — In questo caso, e se pendente la durata di queste procedure l'azione personale è prescritta, l'acquirente può opporre questa prescrizione per far cadere l'azione diretta contra di lui — (Causa *Choutard* 11 *messidoro an.* 11 — *Sirey* 7. 2. 1113).

35. La prescrizione non è interrotta da una sentenza appellata e rimasta per 30 anni senza esecuzione — (5 fiorile ann. 12. *Sirey* 4. 1. 247).

36. La interpellazione fatta prima della divisione ad uno de' coeredi che teneva la intiera eredità personalmente per la sua quota, ed ipotecariamente per tutto, interrompe la prescrizione per riguardo agli altri coeredi — (causa *Giorgier* 20 dicembre 1808 *Sirey* 9. 2. 123.)

37. Colui il quale col fatto proprio non ha interrotto la prescrizione non sempre può prevalersi della interruzione ch'è stata il fatto di un terzo — (causa *Rioult* 5 gennajo 1814 Cassazione — Rigetto — *Sirey* 14. 1. 192)

38. Il riconoscimento di un debito fatto da'creditori del debitore non ha l'effetto d'interrompere la prescrizione che corre a vantaggio di questo debitore — (causa *Blaise* 14 marzo 1807 — *Sirey* 14. 2. 439)

39. La notificazione per pagare o rilasciare fatta al terzo detentore da un creditore inscritto giusta l'art. 2167. c. c. 2061. l. c. interrompe forse per riguardo al terzo detentore la prescrizione della ipoteca del creditore? — In ogni caso se la citazione è perenta per mancanza di procedure pel corso di

tre anni, la interruzione dovrà considerarsi come non avvenuta?—Non è della citazione come del precetto il quale benchè perento ha l' effetto d'interrompere la prescrizione — (causa *Ruinier* 21 marzo 1821 — *Sirey* 21. 2. 34.)

40. La domanda di nullità di una vendita poggiata sul motivo di esser essa finta e senza prezzo non può esser esentata dalla prescrizione di trent' anni quando anteriormente, e prima dello spirare i trent'anni, il venditore originario ha domandato puramente e semplicemente il rilascio dello immobile venduto — La domanda di rilascio forma un turbamento di diritto che interrompe la prescrizione di qualsiesi azione tendente a rivindicare l' immobile —(causa *de Vedelly* 23 novembre 1820 Cassazione rigetto—*Sirey* 22. 1. 37.)

41. L' interruzione della prescrizione operata da uno de' coeredi non giova agli altri coeredi quando i diritti coereditarii sono divisibili—(causa *Gasville* 8 giugno 1825 *Sirey* 25. 2. 265.)

42. La prescrizione di sei mesi contro l' azione de' maestri e degli institutori pel prezzo delle lezioni da essi date, non può essere opposta alla domanda di pagamento delle lezioni che sono state date non a mese, ma ad anno—(causa *Sartin* 12 gennajo 1820—*Sirey* 20 1. 142.)

43. La, prescrizione di dieci anni per le azioni del minore contro la vendita de' suoi beni non è applicabile che al caso in cui la vendita sia stata fatta dal minore o dal suo tutore—se colui il quale vende qualche fondo del minore, non è il suo tutore, questa, anzi che essere una vendita de'

beni del minore, è piuttosto una vendita di cosa altrui, ed allora l'azione del minore è compresa nella prescrizione di trent'anni —(causa Daidè 8 dic. 1813—Cassazione—Rigetto—Sirey 14 1 417).

44. La prescrizione di dieci anni stabilita dall'art. 1304 cod. civ., 1258 l. c. contro l'azione di rescissione de' contratti fatti dal minore, non si applica affatto all'azione rescissoria delle vendite de' beni de' minori fatte dal tutore senza formalità — In questo caso l'azione di nullità non si prescrive che per trent'anni —(causa Leduc 1 giugno 1821 Sirey 24 2 154).

45. Sotto l'antica come sotto la nuova legislazione la prescrizione di trent'anni non ha potuto decorrere contro la donna maritata pendente il matrimonio circa l'azione di nullità dell'alienazione del suo fondo dotale, allora quando quest'azione poteva riflettere contra il marito—specialmente nel caso in cui il marito si era reso personalmente garante della vendita —(causa Gout 28 febb. 1825 Cassazione — Rigetto — Sirey 25 1 421).

46. La prescrizione dell'azione di petizione di eredità, principia a correre non dal giorno in cui la successione è aperta, ma da quando l'erede che invoca la prescrizione ha principiato a possedere — (causa Begon 25 di maggio 1810 Sirey 11 2 320).

47. Vi è sufficiente determinazione del carattere di un utile possesso per prescrivere nella decisione che dichiara esser durato questo possesso quarant'anni, non come semplice tolleranza, ma a titolo di proprietario, e con la coltivazione del giardino del quale il possessore ha costantemente raccolto i frutti

(17 febb. 1825—Cassazione—rigetto — Sirey 25 1 379).

48. Quando in un atto translativo di proprietà immobiliare, il venditore dice che egli non goderà se non a titolo precario finchè non siesi realmente spogliato del possesso, egli non può prescrivere l'immobile contro l' acquirente—Quegli che domanda in suo favore la esecuzione di un titolo, fa rivivere tutti i diritti che ne risultano contro di lui, e che eransi estinti per la prescrizione, benchè dichiari in seguito non volersene avvalere—(causa Beaufils 28 maggio 1810 — Sirey 11 2 222).

49. Quando per clausola di una divisione il possesso di certi beni non ancora divisi è rimasto provvisoriamente ad uno de' coeredi, questo coerede è possessore a titolo precario—non può egli prescrivere anche dopo essersi opposto ad una domanda per riformare e conguagliare la divisione de' suoi coeredi—In questo caso la opposizione non cambia il titolo del possesso (nel senso degli articoli 2231 e 2238 cod. civ. concord. art. 2137 e 2144 l. c.)—(causa Douai 6 novembre 1821 Sirey 22. 1 69).

50. Perchè il creditore di una rendita non si fece rinnovare il titolo nel termine di 30 anni a contare dalla epoca in cui la rendita fu costituita non ne segue che la rendita sia prescritta, se le annualità siensi continuate a soddisfare dal debitore. La prescrizione non ha luogo che dal giorno in cui il debitore della rendita ha cessato di pagarla — (causa Grimand 1 nevoso anno 13—Sirey 5 2 610).

51. Quando il proprietario di un muro imme-

diatamente contiguo al fondo vicino ha acquistato per la prescrizione un diritto di veduta, il vicino non può eseguire sul suo fondo lavori che diminuiscano la luce, anche offerendo di acquistare la metà del muro—(causa Fermella 10 di maggio 1822 Sirey 22 2 266.)

52. L'azione di rescissione di un contratto per usura si prescrive con dieci anni come qualunque altra azione rescissoria—(causa Degouville, 11 pratile anno 7 Sirey 1 1 215.)

53. Il vicino che possiede per causa di usurpazione fatta gradualmente travagliando, si reputa di possedere clandestinamente — In conseguenza un tale possesso non può servir di base alla prescrizione — (causa Devesceres 28 febb. 1821—Sirey 22 2 116.).

54. L'azione per risolver un contratto di vendita per la non esistenza in tempo del contratto di tutti o parte degli oggetti venduti dura 30 anni —Non è applicabile quì l'art. 1622 c. c. (conc. art. 1468 l. c.) che nel caso di errore sulla misura sottopone l'azione del comperatore come del venditore alla prescrizione di un anno — causa Lambily 28 luglio 1811—Sirey 13 2 98.

55. La prescrizione alla quale è soggetta l'azione per diminuzione di prezzo per mancanza di estensione a' termini dell'art. 1622 del cod. civ. conc. art. 1468 ll. cc. si applica anche quando il comperatore intentasse l'azione per diminuzione di prezzo in forza di una convenzione particolare inserita nel contratto di vendita, portante che le parti si faranno ragione pel più o meno della e-

ste.isione—causa Bauer 29 di maggio 1817—Sirey 18 2 134.

56. La prescrizione di cinque anni stabilita dall'art. 2277 c. c. (conc. art. 2183 l. c.) si oppone al condebitore solidale di una rendita che dopo aver in tutto pagato le annualità esercita il suo diritto contra il proprio condebitore dopo de' cinque anni—causa Valensot 15 marzo 1823 Sirey 23 2 243.

57. Gl' interessi delle somme che un mandatario ha ricevuto ed impiegato a suo uso, non si prescrivono con cinque anni—Del pari le annualità delle rendite percepite da un mandatario non sono per riguardo del mandante soggette alla prescrizione quinquennale (nel senso dell' art. 2277 e 1996 c. c. conc. art. 2183 e 1868 l. c. causa Rohan 21 di maggio 1822 Sirey 22 1 416.)

Nel nostro foro molte decisioni abbiamo sulla materia secondo i multiplici aspetti delle contese in quistioni di prescrizione—Come già sotto i numeri 44, 71, 74, 107, 152, 167, 168, 209 del *volume primo*, e sotto i numeri 299, 321, 367, 372, 399, 451 del *volume secondo* abbiam della giurisprudenza di Corti Estere interessanti decisioni rapportato, così non mancheremo altrove farne apposita discussione.

Alla Cassazione di Parigi poco fa si è presentata la quistione del se la prescrizione de' sei mesi stabilita dall'art. 2371 del cod. civ. contra l' azione degli albergatori per lo pagamento delle somministrazioni da essi fatte, sia applicabile al caso in cui queste *somministrazioni* sieno state fatte *a negozianti*.

Imperciocchè l'art.2272 cod. civ.conc. art.2178 l. c. fissa la prescrizione di un anno per le somministrazioni in generale che facciano i negozianti, ma distingue le somministrazioni da essi fatte ad individui negozianti, da quelle ch'essi facciano ad individui non negozianti.

Nel primo caso sottrae l'azione dalle corte prescrizioni, considerando che le forniture costituenti operazioni commerciali per lo più si pagano con una certa dilazione, e non sempre a pronto contante.

Nel secondo caso fa ricader l'azione nella prescrittibilità, considerando che i particolari, quando comperano per lo loro ordinario consumo, pagano prontamente.

Di quì sorgea la ragione di dubitare se agli *albergatori* questa distinzione medesima fosse applicabile, ad essi pe' quali *la prescrizione di sei mesi* è sancita dall'art. 2271 c. c. (2177 l. c.)

Dopo sentenza del Tribunale di Commercio di Montauban del 4 di agosto 1834, ecco le parole dello arresto pronunziate dalla Corte di Cassazione di Parigi.

« Attesochè la sezione 4. tit. 2 lib. 3 del cod. civ. contiene e stabilisce regole di talune prescrizioni particolari, tutte differenti da quelle per la durata e per la classificazione delle persone alle quali ciascuna di cosiffatte prescrizioni si applica — Il primo articolo di questa sezione, nell' art. 2271 , esprime in termini chiari e positivi che l' azione degli albergatori o trattori, per causa di alloggiamento e delle somministrazioni di vitto, si prescriva per lo elasso di sei mesi.

« Attesochè per le disposizioni dell' articolo 2274 della stessa sezione la continuazione di ciò che si somministra per forniture non interrompe questa prescrizione. Essa non cessa di correre che quando vi sia esistito un conto quitanzato, una obbligazione, o una scrittura qualunque — che la disposizione dell' art. 2271 chiara ed assoluta non fa alcuna distinzione tra le persone che possono aver avuto l'oggetto di forniture somministrate da osti o albergatori.

« Che l'art. 2272 riguarda tutt'altra classe particolare di persone a pro delle quali la legge ammette altre prescrizioni, e la prescrizione annale; ma che queste disposizioni sono assolutamente estranee alle persone indicate nell'art. 2271 le quali sono puramente e semplicemente sottomesse alla prescrizione di sei mesi, senza che siavi luogo contemporaneamente a prendere in considerazione la continuata somministrazione di forniture, nè le persone alle quali esse sono fatte.

« Che perciò si è applicata falsamente una delle disposizioni dell' art. 2272, poichè la sentenza impugnata ha dichiarato che l' art. 2271 debba esser combinato con l' art. seguente, il quale non ad altro si riferisce se non alle forniture fatte da un albergatore ad un particolare non negoziante — che così decidendo, il tribunale di cui la sentenza è impugnata, ha creduto nell' artic. 2271 una distinzione che non vi si trova affatto, ed ha falsamente applicato una disposizione presa dall' art. 2272 la quale è tutta affatto estranea — Cassa ed annulla (Cassazione di Parigi udienza de' 18 e 20 giugno 1838 — causa *Descols* contra *Bosc*)

N. 525.

Ricorso per annullamento non ricettibile- Certificato d' indigenza

(v. n. 123, 369, 406.)

Erasi prodotto ricorso per annullamento — La ricorrente dicea che nulla possedesse, ed esibiva al sostegno del prodotto ricorso un certificato d'indigenza dell'Eletto della Sezione così concepito—«L'eletto del Quartiere Pendino giusta un documento che conserva certifica la indigenza di . . . . . . moglie del medico . . . . . . relativa però alla impossibilità di potere sborsare il deposito per produrre il ricorso per annullamento » — Il resistente deducea la irricettibilità e la inamissibilità del ricorso, sostenendo che la ricorrente un anno prima del ricorso avesse impiegato a mutuo ducati 2300, de' quali 400 dotali e ducati 1900 stradotali con l'interesse al 6 ed al 7 per 100, ed avesse riscosso dalla Real Tesoreria una somma di duc. 698 parte di un suo credito.

La Corte suprema dichiarò irricettibile il ricorso, ed ecco il ragionamento su cui fonda l'interessante arresto in febbrajo di questo anno pubblicato.

« Considerando che la legge impone al ricorrente povero l' obbligo di esibire unitamente al ricorso un certificato d'indigenza.

« Che è dato al reo di potersi difendere per diritto di natura — E da quì la regola delle leggi di pro-

cedura che accordandosi una pruova, è ammissibile per diritto la pruova contraria (art. 351)—Quindi contra il certificato d'indigenza che presenta il ricorrente, è accordato al resistente il diritto di fare la pruova contraria.

« Che nella specie la pruova della non indigenza risulta da due istromenti di mutuo, e da una partita di Banco — Dimostrano i primi che la ricorrente un anno prima del ricorso impiegò a mutuo ducati 2300, de' quali 400 dotali e ducati 1900 stradotali, con l'interesse al 6 ed al 7 per 100 — Dimostra la partita di Banco che un mese prima del ricorso la ricorrente avea riscosso dalla Reale Tesoreria ducati 698, parte di un credito ereditario paterno contra lo Stato.

« Che se la rendita *imponibile di ducati* 50 esclude in senso della legge la idea di povertà, e non esenta il ricorrente dall' obbligo del deposito dell'ammenda, *a più forte ragione* deve dirsi lo stesso nel rapporto della ricorrente, che gode *di una rendita di frutti civili* che oltrepassa di molto i ducati 100 per i soli beni stradotali.

« Che il tenore del certificato d'indigenza non corrisponde al voto della legge — Imperciocchè il certificato non assicura la indigenza per propria scienza e per proprio convincimento, ma se ne rapporta ad un documento di cui s'ignora l' autore ed il contenuto—Non è adunque *il sindaco* che assicura la indigenza, ma l'autore incerto del documento oscuro.

« Che pel Real Decreto del 13 gennaio 1817 sulle spese di giustizia, in proposito della giustificazione della indigenza, il certificante non dee con vaghe

espressioni attestare la povertà, ma assicurare nel tempo stesso che il ricorrente non eserciti alcun mestiere, non abbia alcuna industria visibile, e che viva con l'uso giornaliero delle sue braccia.

« Che tali estremi non concorrono nel caso — anzi è notevole che la indigenza attestata dal Sindaco si dice esser relativa alla impossibilità di depositar la multa—adunque la indigenza non è *assoluta* come vuol la legge—Ed oltre a ciò il Sindaco, che in siffatto modo ha favellato, ha fatto una dichiarazione della impossibilità di depositare; ed ha in conseguenza implicitamente dichiarato che il ricorso sia ricettibile—A cosiffatto modo ha usurpato l'altrui giurisdizione — sono ben disdicevoli siffatte dichiarazioni.

« Che la circostanza di esser la ricorrente moglie di un medico esclude affatto la idea d'indigenza—Non merita il favore della legge una donna che non vive con l'uso delle braccia, ma con la rendita stradotale— provveduta di una dote può ben esser soccorsa da chi l'ha autorizzata a produrre il ricorso per annullamento con la caratteristica di povera.

Per questi motivi dichiara *irricettibile* il ricorso (causa *Perger* e *Mezzacapo* — 20 febbraio 1838). Tutt' altro era il caso in altra causa— Il certificato d' indigenza accompagnato produceasi con l'estratto del ruolo fondiario negativo di possidenza — Ma dalla causa istessa, che era una graduatoria, si vedea che la parte andava ad acquistare un immobile di cui l' imponibile fondiario oltrepassava di gran lunga i duc. 50 — Di quì il fine di non ricevere s'invocava dalla parte resistente al ricorso.

La Corte suprema si è espressa così—«osserva la Corte suprema che la irricettibilità del ricorso, fondata sulla non verà indigenza, è rispinta dal disposto nell'art. 586 del rito — Il certificato negativo del ruolo fondiario è il requisito richiesto per giustificare l' indigenza — Il dire che la ricorrente abbia la *speranza*, e se pur si voglia la *certezza* di ottenere un fondo che presenti l' imponibile in fondiaria oltre a duc. 50, dimostrerà la *futura opulenza*, ma non esclude *l' attuale indigenza*, e questo basta per dirsi ammissibile il ricorso ».

Corte suprema di giustizia di Napoli 1 febbrajo 1838 causa *Pugliatti* e *Bagnati*.

N.° 526.

Possessorio—Petitorio—Cumulare

(v. n. 32, 34, 35, 64, 167, 302, 516)

Il vicino fabbricando elevava le sue costruzioni e distruggeva un parapetto della mia terrazza che avea l' introspetto sulle proprietà di lui — *Nunciavi novum opus*, e domandai che in linea possessoria il giudice avesse inibito la continuazione de' lavori, e tutto ridotto avesse allo stato primiero.

Ordinanza con assegnazione a giorno determinato—E nel giorno determinato *sentenza*—non v'è luogo a deliberare.

Appello — E poichè in dispregio della ordinanza del giudice, la opera nuova erasi continuata, con l' appello chieggo la demolizione delle nuove opere eseguite dopo la ordinanza.

Sentenza interlocutoria in grado di appello che ordina perizia, e mi ammette a pruovare essersi dal vicino elevate le nuove fabbriche per effetto delle quali — 1. il parapetto della mia terrazza fosse rimasto distrutto — 2. la terrazza da dominante fosse divenuta serviente—3. mi ammette inoltre a pruovare che dopo la ordinanza si fossero elevate le nuove fabbriche.

Sentenza diffinitiva.

Il vicino costruisca muro consuetudinario tendente a distruggere l'introspetto che avesse acquistato sul mio fondo, ed a me rimborsi l'importo del muro reso comune da valutarsi.

Tale era la figura di un giudizio agitato tra 'l Marchese Pepe, e gli eredi Gallo sottoposto poco fa all'alta censura della suprema Corte di Napoli.

Il ricorrente Pepe, che è l'istesso attore originario, dicea così

1. il tribunale ha confuso l'azione possessoria *nunciatio novi operis* con l'azione petitoria, quando ha ordinato che il vicino paghi il valor del muro reso comune — quindi violati gli art. 103, 129 l. d. p. c.

2. ed in grado di appello nella sede del giudizio possessorio giudicandosi in una forma petitoria il tribunale ha violato gli art. 103, 151 l. d. p. c.

3. e non avendo il vicino in modo formale chiesto la comunione del muro ed il diritto di appoggio, nè la liquidazione dello importo delle servitù, il tribunale è pur caduto nel vizio di giudicare *ultra petita*.

La Corte suprema ha risoluto ne'termini seguenti

« vedute le sentenze — visto il ricorso

« visto il tit. del Digesto *de novi operis nunciatione* — visto in n.° 4 dell' art. 103 l. d. p. c. conceputo così « la citazione sarà sempre fatta davanti il giudice del luogo, ove si tratta di nunciazione di nuova opera a solo oggetto d'impedire ogni innovazione la quale alterasse lo stato della cosa

« visto l'interdetto *quod vi aut clam*—visto l'art. 129 ne'termini seguenti « il possessorio col petitorio non saranno mai cumulati insieme ».

« Attento l'interesse del Corpo politico e la tranquillità de' suoi membri esige che niuno si faccia giustizia da se medesimo—che s'impediscano i danni che si temono con nuove fabbriche che voglia fare il vicino, e non si turbi il possessor legittimo nel godimento delle sue cose, ed attenda dal Magistrato quello che gli è dovuto — Ma siccome sono queste provvidenze interine che non influiscono nel merito, così nel caso di nunciazione di nuova opera il giudice deve limitarsi alla semplice inibizione, e ne' giudizj di turbativa rimettere le cose nello stato in cui si trovavano nell' anno del turbato possesso—e rinviare al giudice del merito lo esercizio de' diritti dominicali.

« Attente le cennate regole, trovasi viziosa la prima sentenza da chè, alla lettera del trascritto n.° 4 dell'art. 103, il magistrato dovea limitarsi alla inibizione, ed a correggere lo innovato *in vetitum* della ordinanza; per la qual cosa l'incarico dato a' periti di vedere del diritto e del danno non era nella sede della nunciazione.

« Attentochè pecca contro gli stessi principî la 2.ª

sentenza, ove trovasi pronunziato del diritto, mentre dovea limitarsi alla reintegra, qualora concorrevano gli estremi voluti dalla legge per la turbativa di colui che da un anno ed un giorno trovavasi nel legittimo e pacifico possesso.

La sentenza quindi denunciata cumula il possessorio col petitorio contra la espressa determinazione della legge.

Per questi motivi

la Corte suprema, uniformemente alle conclusioni del P. M. annulla la sentenza de' 16 maggio 1835 nella sola parte nella quale si è commesso a' periti verificare se le nuove fabbriche rechino pregiudizio—Annulla la sentenza de' 25 giugno 1836 . . . . . . rinvia . . . . . . (Corte suprema di giustizia 30 gennajo 1838 causa *Pepe* e *Gallo*.)

N.° 527.

Decisione eseguita-Forchiusione-Cassazione-Fatto-Ricorso per annullamento-Paraggio-Supplemento-Donna-Antica legge-Dote ad instar legitimae

(v. n. 453, 454.)

Sotto lo impero dell'antica legge fu costituita alla sposa una dote di ducati 300 contanti, e di ducati

200 ch' era valore in mobili — Fu solennizzato allora il titolo nuziale tra il padre della sposa, lo sposo, ed il genitore di lui — Lo sposo, ed il di lui padre promisero di far che la sposa rinunciasse a qualsivoglia parte, porzione paterna e materna, legittima, paraggio, e loro supplemento — Tale promessa fu anche ripetuta in un posteriore titolo autentico portante la soddisfazione della dote; e la epoca di questo secondo titolo pure è segnata mentre le antiche leggi imperavano.

Morì nel 1802 il padre della sposa, e col di lui testamento egli, fermo nella dotazione della sua figliuola, volle su quella modellar le doti delle altre due figlie.

La sposa, non contenta di ciò che avea in vita del padre suo ricevuto, non ostante la promessa rinunzia, istituì giudizio contro i tre suoi germani ed una germana, per ottenere un paraggio corrispondente alla legittima paterna, detratta la dote ricevuta — Chiese inoltre gl' interessi dal giorno della morte del padre; e siccome era premorta anche un' altra germana sua, così in pari tempo domandò la quinta parte di altro simile paraggio che sostenne dovuto alla di lei sorella predefunta nel 1813, insieme con gl' interessi su tale quinta parte da quel giorno.

I convenuti chiamaron in garentia lo sposo tanto nel proprio nome, quanto come erede del genitore suo, insiem col quale avea promesso che la dotata resterebbe contenta, e nulla più chiederebbe.

Il tribunale accorda il supplemento del paraggio paterno una co' frutti, dando luogo a collazione—

più il quinto di tre quarte parti dell'altro paraggio spettante alla sorella premorta co'frutti—Quindi ordina l'apprezzo dell'asse ereditario.

In pari tempo valuta la promessa di rinunzia fatta dal marito e dal suocero; quindi accoglie la domanda in garentia, ed ordina che gli evocati rifacciano tutte le conseguenze del giudizio.

Appello principale per parte de' convenuti — appello incidente per parte dello evocato in garentia.

La G. C. civile degli Abruzzi pronuncia sulle prime interlocutoriamente, ordinando verificarsi cinque elementi di fatto — 1. quale fosse il valore dell'asse paterno nella epoca delle nozze — 2. quale il *costume di dotare* nella famiglia della sposa — 3. quale la corrispettività della condizione, e della possidenza fra le due famiglie — 4. quale la età rispettiva de' conjugi — 5. quale la *costumanza del luogo* ove il matrimonio si era solennizzato.

Dopo compilata la pruova per l'una e per l'altra parte, la G. C. civile decide in merito il 13 luglio 1829; e sei quistioni analizza — 1. Se il supplemento fosse dovuto — 2. Se ostasse la prescrizione— 3. La quantità e gl' interessi — 4. Se fosse dovuta una rata alla successione della sorella predefunta e quale, i suoi frutti e da quale epoca — 5. Se reggesse la domanda in garentia—6. Se vi fosse luogo a compensazione di spese—Quindi, senza arrestarsi alle eccezioni di carenza d' azione e della prescrizione, dichiara

1. esser dovuto un supplemento di ducati 300 insieme con gl' interessi al 5 per 100 dal dì della morte del genitore della donna

2. non esser tenuto il garante a' dann' interessi cui era stato condannato

3. essere spettato alla sorella predefunta un simile paraggio di ducati 600

4. spettare su questo un sestante in ducati 100 all'attrice, insieme con gl'interessi, alla ragione del 5 per 100 dal giorno della morte di colei

5. essere spettato alla sorella defunta anche un corredo di ducati 200, e di questo esser dovuto il sestante all'attrice senza interesse

6. le condanne per le espressate somme eseguirsi contra i fratelli dell'attrice.

Ricorso per annullamento fu prodotto da' conjugi — Essi diceano che la sposa non era intervenuta nello istromento dotale—che quindi fosse intiero il diritto di lei a ripetere il suo paraggio, che secondo la comune opinione de' dottori, *ad legitimae modum plerumque definitur* — nondimeno aver la decisione attribuito un paraggio molto al di sotto della legittima; e che involvesse violazione della costituzione *in aliquibus* e del diritto ricevuto nel Regno— Sosteneano inoltre che la G. C. non avesse disposto una precedente liquidazione dell' asse paterno, mentre era sommamente necessaria tale liquidazione, per modo che in mancanza di essa i Giudici si fosser eretti in periti liquidatori ed avessero dato un valor erroneo alla eredità non al di là di ducati 18000, ed avessero così tenuto in non cale tutti i titoli esibiti per dimostrar di essere circa ducati 40000 — Così dicean violata sotto quest' altro rapporto la stessa costituzione *in aliquibus*.

I resistenti sosteneano doversi dichiarare inamis-

sibile il ricorso, poichè prodotto dopo essersi eseguita la decisione da' ricorrenti. Essi esibivano al sostegno due atti autentici per pruovare che i conjugi ricevettero una somma, e ne fecero quitanza, e si presero la quota nella successione materna — Chiedeano subordinatamente il rigetto.

L' arresto discute la interessante quistione sulla non ricettibilità del ricorso motivata nella esecuzione volontaria del giudicato.

L'arresto inoltre è grave in quanto alla intelligenza della frase *ad instar legitimae*, di cui il nostro foro avvaleasi nelle liquidazioni di paraggio. Ecco il contenuto nello arresto.

Quistioni — 1. Se possa applaudirsi al dedotto mezzo d' irricettibilità del ricorso — 2. Nella negativa se appajano ben fissate le basi per la misura de' paraggi de' quali si tratta — 3. Se siesi il giudicato contenuto ne' limiti delle facoltà de' giudici.

Sul fine di non ricevere—ha considerato che sia un indubitato principio di esser devolutivo il rimedio del ricorso nella Corte suprema di giustizia. Quindi la regola « *la esecuzione del giudicato a niuna delle parti preclude l' adito allo sperimento del gravame* »—Che nella specie ogni sospetto di accettazione del giudicato e di rinunzia intenzionale del gravame è rimosso dalle reiterate proteste e riserve costantemente premesse a ciascuno degli atti iniziativi, e concomitanti della esecuzione — Che sola eccezione di cotesta regola quella è precisamente che si verifica *quando la esecuzione è inconciliabile col gravame* — Che nella soggetta specie avendo il giudicato attribuito una parte sola della do-

manda, la *esecuzione per questa parte non involve accettazione per l' altra.*

E che per la parte negata merita di esser applicata la regola *che niuno forchiude se stesso;* ciò che si è ricevuto nel calcolo del valore di una intimazione, per parità di ragioni non potrebbe rifiutarsi nella esecuzione.

Sullo errore di quantità — la Corte suprema ha considerato che i giudici del merito han ritenuto l'asse del padre dotante per ducati 18500 — Han ritenuto il numero di sette figliuoli rimasti superstiti al padre nel punto della cessazione della sua vita—*ambedue queste basi o non affatto, o non regolarmente stabilite.*

Che in vero il numero de' figliuoli non risulta dalla instruzione premessa al giudizio, qualunque essa siasi.

Che però l'attrice nella citazione elementare del 31 dicembre 1826 riportava a sei il numero de' figliuoli che furono superstiti alla morte del padre suo, e tal posizione non era stata in alcun modo contradetta.

Che nondimeno i giudici gli han ritenuto per sette senza additarne alcun fondamento, e con questa norma han portato una diffinizione di quantità capace per loro avviso a far fronte, non al sestante dovuto, ma alla settima parte della metà dell'asse.

Che lo stesso errore si è pur diramato nella distribuzione del paraggio dovuto all'altra sorella, mancata molti anni dopo del padre—E che in fine men regolarmente vedesi vagliato l'asse nel conflitto delle diverse posizioni che si sostenevano a

vicenda sulle istruzioni raccolte, sia intorno al valore de' beni fondi, sia intorno allo importare de' nomi de'debitori ed industrie, in che consisteva la maggior parte del patrimonio ereditario; sotto il quale rapporto diveniva necessaria una discussione formale de' beni e pesi della eredità.

Finalmente sulla intelligenza della frase *ad instar legitimae*, la Corte suprema si è espressa così:

Che i giudici del merito avendo ritenuto per inofficiosa la dotazione fissata dal padre, erano nel dovere per legge *di compiere il paraggio e di portarlo al livello della legittima.*

Che comunque sia stata sempre riconosciuta la massima che *il paraggio potesse superare la legittima, o esser anche da meno;* questa massima però trionfava in que' casi ne' quali si discutevano le *volontarie dotazioni* nelle quali era implicato il calcolo delle circostanze che venivano di proposito.

Che a' giudici non poteva sentirsi data tanta facoltà, meno di *allontanarsi moltò dalla misura della legittima*, ed ancor meno potrebbe ciò permettersi con l'attuale legislazione che *obbliga a render palesi i motivi di qualunque pronunziazione.*

Che questo concetto è ancor più forte nel paraggio di quella sorella la quale *trapassata anzi di passare a matrimonio non avea trasfusi nel paraggio i caratteri della dote*, per lo che il giudizio paterno spiegato nel testamento era a riputarsi più inofficioso, non potendo concorrere stranieri motivi per discendere dallo importo della legittima—E che in ultim' analisi la decisione impugnata non potrebbe evitar la taccia dell'arbitrario in quanto alla

definizione della quantità del paraggio e della violazione della nota costituzione *in aliquibus*, i di cui dettami o non sono stati intesi, o non sono stati serbati.

Per siffatti motivi la Corte suprema annulla — (causa *Monti* e *Trifoni* 29 marzo 1838).

N.° 528.

Spropriazione—Sentenza—Capitoli di vendita—Rettificazione—Appello ammessibile

Nell' art. 120 l. sulla espr. forzata è sancito che la sentenza ordinante rettificazione de' capitoli di vendita possa eseguirsi senza bisogno *di spedizione* o *d' intimazione* — Di quì volea desumersi che sentenze cosiffatte fossero *inappellabili*.

La G. C. civ. di Napoli eliminò questo dubbio, considerando che per regola *ogni sentenza* de' tribunali civili è soggetta all'appello presso la G. C. civile (art. 57 l. org.) — che questa regola non soffre eccezione, se non ne' soli casi specialmente determinati dalla legge— che negl'incidenti del giudizio di spropriazione i casi di eccezione son quelli della surrogazione, quando sia ammesso per motivo di negligenza (art. 124 leg. sull'espropriazione) — delle nullità contra gli atti notificati al debitore (art. 136 a 139)—di quelle concernenti gli atti tanto anteriori che posteriori all'aggiudicazione

preparatoria (art. 137 e 138)— in fine delle altre relative agli atti della offerta di sesta (art. 139)—Che ad alcun di questi casi non appartenendo le *opposizioni contro i capitoli* di vendita, è per ciò solo manifesto il diritto degli interessati ad appellare dalla sentenza per avventura pregiudizievole alle loro ragioni — Che nulla rileva la disposizione dell'art. 120 l. espr., per la quale la sentenza ordinante la rettificazione de' capitoli può eseguirsi senza bisogno di spedizione e d'intimazione; imperciocchè — 1. questo caso è diverso da quello del rigettamento delle opposizioni — 2. non perchè si dispensi alla necessità di spedirsi e d'intimarsi la sentenza, dir si dee d'esser l'appello interdetto, potendo egualmente avvenire che gl'interessati si acquetino alla sentenza, nè se ne credano lesi — l'articolo ne facilita la esecuzione nel primo caso, niente determina nel secondo, pel quale la generalità della regola permissiva dell'appello niente perde del suo impero ordinario — Che in conseguenza di tutto ciò l'appello è evidentemente *ammessibile* — (causa *Lieto*, *Sarnelli* ruolo n. 1878 del 23 luglio 1832).

N.° 529.

Legge proibitiva-Divieto-Contra legis voluntatem-Inscrizioni-Gran Libro-Vendita di partita-Dilazione-Risoluzione ipso jure

Contra legem facit qui id facit quod lex prohibet; in fraudem vero qui, salvis legis verbis, sententiam ejus circumvenit — l. 29 de legib.

Questa legge che Pothier avvicina alla seguente « *fraus enim legi fit, ubi quod fieri noluit, fieri autem non vetuit, id fit*—ed alla legge 5 del codice *de legibus* « *non dubium est in legem committere eum qui verba legis amplexus, contra legis nititur voluntatem* — *nec poenas insertas legibus evitabit qui se contra juris sententiam saeva praerogativa verborum fraudulenter excusat* » — Questa legge la suprema Corte di giustizia di Napoli in un recente arresto rammemora ed applica al caso di un venditore di annua rendita inscritta sul G. Libro il quale, per ischivar le disposizioni proibitive del decreto 18 maggio 1824, avea stipulato una compera vendita di partite inscritte sul G. Libro a *maggiore scadenza di quella del mese* seguente alla contrattazione, ed avea scritto una *data posticipata* nel contratto, per nascondere la data vera, e render più lunga la scadenza.

La Corte suprema si è espressa così « essi vol-

*

lero contrattare ad una scadenza maggiore del mese seguente alla contrattazione, e vollero dare a divedere il diverso — fecero mostra di riconoscere le parole della legge, ed agirono *contra legis voluntatem.*

Che se al legislatore non è piaciuto di annullare tali contrattazioni come fatte in aperta frode, prescrive d'altronde nell'art. 3 del Decreto (18 maggio 1824) che se la compera vendita delle partite venga contrattata ad una scadenza maggiore del termine fissato nell'art. 1 del medesimo Decreto, s'intenderà *convenuta e limitata alla fine del mese* immediatamente seguente a quello in cui si contrae.

Adunque per volontà della legge la contrattazione per la vendita fatta restò accorciata e ridotta per la sua esecuzione alla fine di aprile 1836....

A quella epoca i contraenti doveano adempiere, il comperatore cioè offerendo il prezzo, ed il venditore il trasferimento in vista del prezzo offerto..... Non avendo alla fine di aprile, o ne' seguenti cinque giorni di grazia il comperatore adempiuto, il contratto restò *ipso jure* risoluto a termini dell'art. 1503 l. c. . . . . »

(Corte suprema di giustizia di Napoli causa *Severini* e *Degas* 23 genn. 1838).

La teorica quì analizzata si applicherebbe forse in materia di *procedure*? — No — Il legislatore ha dato disposizioni positive nello art. 1106 l. d. p. c.

N.° 530.

Coerede-Rinunziante-Debito ereditario-Eredi indistintamente condannati

(v. n. 99)

Quando fra più coeredi convenuti *un di essi rinunzii alla eredità*, e domandi esser messo fuori causa, i giudici del merito che in termini generali condannino *gli eredi* senza mentovare i di loro nomi, nè il loro numero, fanno decisione la quale va cassata ed annullata.

Lo ha ritenuto la suprema Corte di giustizia in un arresto pochi mesi fa—Eccone il ragionamento.

Il giudice è obbligato a pronunziare non solo sull' *azione*, ma anche sulla *eccezione*; Facendo il contrario viola l'art. 219 l. org., e gli art. 233 e 544 l. d. p. c.

Non ostante la domanda di uno fra i coeredi per esser messo fuori causa, la G. C. non vi ha nè pronunziato nè motivato.

La omissione non può essere scusata dallo avere la G. C. condannato i *soli eredi* al pagamento, senza specificarne il numero nè i nomi — sì perchè dovea la G. C. dichiarar se dovesse restare, o se togliersi dalla causa il rinunciante — sì ancora perchè dalla intestazione della decisione risulta che anche quegli che rinunciò trovavasi *convenuto come erede*; e la G. C. facendo diritto alla domanda dello attore ha condannato in modo generale *gli eredi*,

di tal che ove questa pronunciazione vaga rimanesse come sta scritta, comprenderebbe nella condanna anche il *rinunziante*—(Corte sup. di giust. di Napoli 25 gennajo 1838, causa *Zampino* e *Cavallo.*)

N. 531.

Domicilio elettivo-Precetto-Notificazione Appello—Esecuzione mobiliare

(v. n. 88, 89, 410)

Nello art. 664 l. d. p. c. si permette notificar l' appello nel domicilio *scelto col precetto* che mira ad una esecuzione mobiliare.

Grave quistione agitavasi nel foro per definire se l' *appello* di cui parlasi in tale articolo sia quello *contra la sentenza di condanna* in vigor di cui il creditore *agisce*, o solamente quello che si propone *contra le sentenze che avranno luogo nel corso della esecuzione* — La quistione è rimasta ancor fluttuante, per quanto si ha da un recente arresto della Corte suprema nella specie seguente.

Si era resa una condanna dal giudice di circondario — si era questa notificata col precetto, nel quale era la elezione di domicilio—I condannati appellavano — ed il vincitore opponeva la inammissibilità dello appello, deducendo che la elezione di domicilio contenuto nel precetto *unicamente riguardasse la procedura del pegnoramento*, e le con-

tese che avrebber potuto insorgere nella *esecuzione* della condanna.

La Corte suprema ha detto

« che la eccezione della inammissibilità dello appello era *momentosa per se stessa*, e *dubbiosamente agitata nel foro* — e molto più interessante pel creditore che avea circoscritta la elezione di domicilio *alla sola* procedura del pegnoramento ».

La Corte suprema per ora ha cassato la sentenza resa in grado di appello sull' unico motivo di *omissione*, *per non essersi discussa* la eccezione d' inamissibilità —(1 maggio 1838, causa *Loperfido* contra *Sansonna* e *Visconti.*)

N.° 532.

Competenza—Giudizio di esecuzione—Valore—Luogo—Depositario renitente

(v. n. 38, 39, 141, 165, 310, 348)

Qual è il giudice competente per astringere il depositario alla esibizione degli oggetti pegnorati?— è forsi quello che pronunziò *la condanna* contra il debitore, o è quello del *domicilio del depositario* e del luogo *ove si è fatto il pegnoramento*?

Ed innanzi a chi si procederà quando il valore della causa oltrepassi i ducati 300?

La Corte suprema di giustizia ha detto così

» considerando che il giudice Regio del circondario di Orta, che *condannò il depositario* ad esibire

gli oggetti pegnorati sotto tutt' i rapporti era incompetente.

Lo era per ragion del valore della causa che oltrepassava i duc. 300, e per questa parte la sentenza di quel Regio Giudice ha violato l' art. 91 della procedura civile.

Lo era per ragione del *domicilio del depositario* il quale era del Comune di Candela circondario di Ascoli, e trattandosi di azione *personale* si è violato l' art. 102.

Lo era perchè il pegnoramento fu fatto in Candela circondario di Ascoli; e le quistioni relative alla custodia vanno tutte decise *dal giudice del luogo dell' avvenuto pignoramento* — sotto questa veduta si è offeso l'art. 696 delle stesse leggi, non che gli art. 684 e 698.

Lo era perchè equiparando il custode al sequestratario, non può egli esser privato del proprio foro dove ne faccia la richiesta a' termini dell' articolo 660.

E male a proposito si è dal Tribunale opinato che trattandosi di estaglio di *fondo rustico* e di quistione di *esecuzione* di una sentenza resa dal giudice Regio di Orta, innanzi allo stesso giudice era giustiziabile il depositario; ed inopportunamente si sono all' appoggio citati gli articoli 103 n. 9. e 644 delle dette leggi — Ed invero non si conviene che la condanna pronunziata contra il conduttore, benchè per una somma maggiore di duc. 300, siasi competentemente pronunziata dal giudice del luogo ove era sito il fondo — Ma la quistione per la consecuzione dell' estaglio *terminò con la*

sentenza di condanna, nè della condanna si è più disputato — Novella quistione tutta diversa dalla prima è nata tra il creditore ed un terzo cioè il depositario che nel primo giudizio non fu inteso, nè prese parte—In altri termini nel primo giudizio il creditore fece uso dell' azione *locati*, e nel secondo esperimenta l' azione *depositi*.

E supponendo che la domanda contra il consegnatario fosse una quistione di esecuzione della prima sentenza, pure trattandosi di somma maggiore di duc. 300, cessa la competenza del Giudice Regio secondochè è statuito dal secondo comma dell' articolo 660.

Alle cose dette vuolsi aggiungere per corollario che la proposta quistione è decisa testualmente dall' art. 97 l.d.p.c. così concepito « le quistioni sulla esecuzione della sentenza de' giudici di circondario sia per richiamo di proprietà o di pegno degli oggetti eseguiti, sia per contributo pel prezzo ritratto dalla vendita de' medesimi, apparterranno a' giudici stessi, *purchè il valore* degli oggetti eseguiti o venduti non ecceda i ducati 300 ».

È chiaro adunque che il secondo giudizio contro il custode, benchè voglia ritenersi per una conseguenza del primo, e per una quistione nata intorno alla esecuzione del primo giudizio; pure trattandosi di pegno degli oggetti eseguiti, quel giudice che fu competente a pronunziare la condanna contra il debitore, *è incompetente* a pronunziare contra il *depositario*, perchè gli oggetti eseguiti, e de' quali si è ordinata la esibizione eccedono il valore di duc. 300 (consistendo essi in tomoli du-

gento di grano e 27 animali bovini)—Cassa ed annulla —(1 feb. 1838 Corte supr. di giust. di Napoli causa *de Meo* e *Giuliani.*).

N.° 533.

Perizia-Partaggio-Smembramento-Servitù-Emulazione-Graduatoria-Creditore-Ipoteca indivisibile-Ozione-Divisione-Paraggio-Condominio

(v. n. 453 , 527)

La ipoteca è indivisibile — Tutti e ciascun di tutt' i beni del debitore servir debbono alla cautela del creditore — la scelta nello sperimento della spropriazione si fa dal creditore, non già dal debitore.

Nell'antica legge « *creditoris arbitrio permittitur pignoribus, quibus velit, distractis ad sui commodum pervenire* » (l. 8 de distract. pign.)

Nella nuova legge è sancito che i beni *tutti* di un debitore formino la garentia delle obbligazioni di lui — ed è soggiunto che la ipoteca sussista intiera sopra ciascun degl' immobili ipotecati (1962 e 2000 leg. civ.)

Il legislatore ha fatto eccezioni per confermar questa regola

1. i beni ipotecati *specialmente* si vendano i primi

—i non ipotecati specialmente si vendan dopo(2110 l. c.)

2. i beni in differenti distretti che non facciano parte di una medesima tenuta, siano espropriati l' un dopo l' altro, e non contemporaneamente (2111 l. c.)

3. il ricco debitore se può con un' annata sola di rendita estinguere il debito, soffermi con una offerta di questa rendita i passi della spropriazione (2118 l. c.)

4. nel momento della pubblica aggiudicazione diffinitiva, se il prezzo assicurato da una parte de' beni venduti cuopra già lo ammontare de' debiti, possa il tribunale sospender la vendita degli altri pe' quali voleasi compier la spropriazione dal creditore (101 l. sulla espr. forz.)

Si era fatta una spropriazione—Due fondi erano rimasti aggiudicati a' creditori per mancanza di oblatori estranei — e poichè il loro valore bastava a cuoprire i creditori interessati, fu ad istanza del debitore sospeso l' incanto per gli altri immobili. Questi fondi chiamavansi l'uno *Serramonda*, l' altro *Montagna*.

Il figlio del debitore aprì il giudizio di ordine e fu collocato nel *primo luogo*—Dopo lui fu collocata la zia paterna per un paraggio — In terzo luogo un creditore estraneo alla famiglia— la nota de' gradi così restò diffinitivamente.

I beni col beneficio del sesto doveano adunque fra tre collocati partaggiarsi — Il debitore, ed il figliuol suo primo creditor collocato pretendeano che a quella paraggiaria, ed a quel creditore estra-

neo, si dasse l'un de'due fondi, quello denominato *Montagna* che intieramente covriva i loro crediti, senza toccare l'altro *Serrunonda* che essi teneano in pregio.

La ragione di dubitare veniva da ciò che su questo fondo, oltre al dovuto al figlio del debitore come primo creditor collocato, rimaneva un supero — la paraggiaria questo supero voleva in conto del suo credito collocato in secondo luogo — anzi la donna dicea che questo supero tanto fosse da cuoprir tutto il di lei credito — cosicchè al terzo creditore dar si dovesse *dell' altro fondo* una parte.

Il perito, il tribunale, la G. C. civile, non accolsero le voci della paraggiaria — Ecco le parole della decisione resa il 24 agosto 1836 dalla G. C. civile delle Calabrie.

« Nel partaggio de'beni aggiudicati possono obliarsi le regole di legge, onde impedirsi lo smembramento e la depreziazione, sia nello interesse de' creditori tra loro, sia a riguardo del debitore per ciò che supera i crediti ammessi?

» Attesochè alle pretensioni della creditrice Sanseverino fanno ostacolo i fatti consegnati nel verbale di sorteggio redatto dallo ingegniere incaricato di tale operazione — essa non ha diritto di scegliere quella parte de' fondi che possa meglio convenirle, anche perchè non ha essa ottenuto *il primo* grado, ma deesi sottoporre nel partaggio a quelle regole che sono state dalla legge fissate per impedire lo smembramento, e la depreziazione de'fondi, sia nello interesse de'creditori fra di loro, sia nello interesse del debitore; mentre se questi da un

canto dee pagare, dall' altro non dee soffèrire alcuna gravezza in pregiudizio di quella proprietà che può rimanergli purgata da ogni peso.

» In altri termini, obbligato a cedere i suoi immobili fino alla concorrenza de' crediti, non deve ad un tempo sottostare a questa cessione, e sofferire in oltre il peso di quelle servitù le quali si avrebbero potuto allontanare senza pregiudizio de' creditori sul resto della proprietà che rimane a suo beneficio—altrimenti non solo perderebbe il resto del prezzo reale, ma dovrebbe sofferire altri sagrifizj, e concedere più di quello che la legge concede, assoggettandosi senza bisogno a servitù, e smembramenti che si avrebbero potuto evitare— L'espropriato è debitore fino alla concorrenza de' crediti, è condomino per ciò che supera siffatti crediti—e con tale qualità non può esser privato del vantaggio delle regole deſſa divisione a riguardo dello smembramento, e della depreziazione.

» D'appresso a tali norme disposte dagli art. 194, e 198 legge del 29 dicembre 1828, riesce agevole di conoscere la insussistenza de' reclami della sudetta Sanseverino — Dessa pretende l'assegnamento *in solutum* sul fondo *Serramonda*, ma questo assegnamento non può verificarsi in contraddizione col primo creditore graduato, ed in pregiudizio della massa — Non potendo rimaner soddisfatta con l'altra porzione in *Serramonda* progettata pel debitore, dovrebbe invadere l'altro fondo *Montagna*, e prendere una porzione anche su questo fondo.

» Da ciò le servitù, ed i smembramenti che

il perito si propose di evitare—D' altronde il fondo *Montagna*, non è meno pregevole di *Serramonda*—Sono situati nella stessa contrada, e sono in contiguità tra loro—Quindi si ha ragione da credere, che il contrasto della signora Sanseverino manchi di alcun senso utile, e sia diretto solo ad aggravare la condizione del fratello espropriato.

» Non è poi fuor di proposito osservare ch'essendosi venduto prima *Montagna*, e poi *Serramonda*, ogni ragione consiglia che pria sull'una, e poi sull'altra dovessero realizzars' i diritti de' creditori.

» E ciò perchè, se da un canto è dato al debitore d' impedire ogni ulteriore licitazione a riguardo di quei fondi che possono rimanere egualmente d'appresso alla vendita de' primi, dee dirsi a ragione che gli sia conceduto un egual diritto nel partaggio; ove nell' esercizio di questo diritto si attenda specialmente al vantaggio, anzichè al discapito di tutti gl' interessati.

» In tale senso il piato della signora Sanseverino manca assolutamente di consistenza, e di base — Nè giova più d' intrattenersi su' gradi irrevocabilmente fissati — Non è lecito di accordare privilegj non valutati, e ritornare a discuter ciò che si trova discusso.

» A riguardo poi della fallità Attanasio ogni contendere dee dirsi ozioso, perchè dessa non ha appellato dalla sentenza profferita sulle sue opposizioni, di tal che il partaggio deve dirsi nel suo interesse riconosciuto, ed irrevocabile.

» La Gran Corte civile pronunziando diffinitivamente sulle uniformi conchiusioni del P. M.,

rigetta l'appello di D. Mariantonia Sanseverino alla sentenza del tribunale civile di questa Provincia del 18 di giugno ultimo, conferma la sentenza medesima, e ne ordina la piena esecuzione.

Avverso cosiffatta decisione interponeasi ricorso alla Corte suprema

1. perchè diceasi fra l'altro violato il principio della individuità del diritto ipotecario (articolo 2000 l. c.) — 2. perchè diceasi inapplicabile il diritto di un coerede verso l'altro (di che trattano gli art. 751, 752, l. c.) nel caso d'individui de' quali alcuni esercitano diritti, altri soggiaccion ad obligazioni — 3. perchè straniero fosse l'art. 101 della legge 29 dicembre 1828 sulla spropriazione forzata, trattandosi d'ipoteca sopra fondi diversi per la quale il creditore non può esser costretto a spropriare a scelta del debitore.

La suprema Corte ha elevato la quistione così

» se nel partaggio de' beni espropriati e rimasti invenduti per mancanza di oblatori, una creditrice per causa di paraggio abbia il diritto d'impugnare la distribuzione fatta dal perito, sol perchè il fondo a lei assegnato si crede d'inferiore qualità degli altri assegnati a' creditori, o rimasti al debitore per la capienza del patrimonio.

La suprema Corte ha ragionato così « osserva che la proposta quistione nello interesse tra la creditrice ricorrente, ed il debitore, astrazione fatta dalle circostanze di fatto, dovrebbe risolversi a favore della *creditrice*, e sotto questo rapporto sono censurabili le *considerazioni* della G. C.— Imperciocchè *le regole dettate dagli articoli* 751, e 752

delle leggi civili diretti ed evitare nelle divisioni fra coeredi lo smembramento de' fondi e la divisione delle coltivazioni e le vicendevoli servitù, nella proposta specie *non hanno luogo*—Il debitore che nel contrarre il debito obbligossi a restituire le cose prestate *nella istessa quantità*, *e qualità*, giusta il disposto dell'art. 1774 l. c., non può *in creditum ire*, *quia aliud pro alio invito creditore solvi non potest*, giusta la frase della l. 2. de reb. cred.—Ove sia inadempiente deve risentire tutto il peso del suo inadempimento—Se quindi nel partaggio vi sia supero di beni pel debitore, egli non può impedire al creditore di scegliere, come impropriamente ha creduto la G.C.civ. nel ragionare la decisione denunciata, ma è un debitore inadempiente che prende il supero dopo soddisfatto pienamente il creditore.

« Ciò malgrado questa teorica non vale nello interesse tra creditori, e creditori—Nella specie la creditrice ricorrente non era sola, ma avea un creditore che la primeggiava di rango, ed un altro che la seguiva—Se al creditor di primo rango il perito assegnò una parte del fondo detto *Serramonda*, e la Gran Corte omologò il partaggio, lungi di aver la G. Corte violato, ha eseguito la legge sulla espropriazione, la quale nell'art. 195 ordina che il perito assegni i beni ai creditori non solamente secondo il rispettivo credito, ma ancora secondo il rispettivo grado.

« Se adunque non può la creditrice ricorrente dolersi di essersi data al primo creditore una parte del fondo *Serramonda*, vanamente si duole di non

essersi dato a lei il resto dello stesso fondo — Ha osservato il perito che il resto del fondo non bastava a soddisfare la creditrice, e che prendendo essa il resto del primo fondo, dovea per necessità prendere altra porzione sul secondo fondo detto *Montagna* — È questo il primo inconveniente che producendo smembramento, deprezziazione, e servitù nello interesse de' creditori, si è voluto evitare — Ed in ciò la legge non è stata offesa, ma eseguita — Ad evitare simili inconvenienti la legge sulla espropriazione non solamente esige che nel partaggio si osservi ciò che si dispone per le divisioni fra' condividenti; ma ancora che rimanga in comune a più creditori un immobile, ove non soffra commoda divisione (art. 196, e 198) — tanto è vero che doveano scrupolosamente osservarsi *le regole di non ismembrare i fondi* per quanto è possibile, e di non *dividerne le coltivazioni*.

» Un secondo inconveniente si sarebbe incontrato, se alla creditrice si fosse assegnato il resto del fondo *Serramonda* — Vi sono in quel fondo casa rurale, un trappeto, una fontana — vi è in fine una Chiesa — Or come dividere tra il primo creditore, e la seconda creditrice il trappeto, la fontana, la cappella? — Lasciare in comune tali cespiti a' creditori di somme disuguali, accordandosi l'uso comune, sarebbe *una causa perpetua di servitù*, *e quindi di liti* — Ma questo appunto la legge vuole evitare ».

» In fine, anche nel rapporto tra la creditrice ed il debitore, vuolsi osservare che la creditrice è sorella del debitore — che il credito non nasce da

mutuo, od altra prestanza convenzionale, ma da *paraggio* a lei dovuto dal fratello su i beni paterni — Essa adunque *è una condomina*, *al di sotto però di una coerede*, perciocchè per le antiche leggi il solo maschio succedeva al padre col peso di dotar la sorella—Condomina o coerede col fratello, non ha diritto che ad *una quota de' beni ereditarii tali quali sono*, *o buoni*, *o cattivi*. Sotto questo rapporto tra essa come condividente, ed il fratello, vanno osservate le regole fin ora rammentate della non depreziazione, del non ismembramento de' fondi—Sotto questo rapporto è oziosa la dimanda della sorella di prendere pel paraggio una parte infruttifera del primo fondo, cioè la fontana, e la cappella gentilizia, per privare l'agnazione di un monumento di nobiltà, e farlo passare agli estranei ».

» Vane querele intorno alla diversità del valore tra i due fondi, ed alla ubertosità del primo, e sterilità del secondo — l'apprezzo che è preceduto al partaggio non impugnato da' contendenti, ha uguagliato la sorte de' fondi, e chiude l' adito alle doglianze intorno alla disparità del valore.

» Se dunque nella decisione denunciata non vi è alcuna legge violata — se qualche proposizione corsa nelle considerazioni di essa è stata riprovata— se la qualità del credito della ricorrente non la mette al di sopra della sorte del fratello—se la dimanda di un *cespite infruttifero*, *anzi spesoso fu di astio*, *ed emulazione*—e se in fine la quistione di puro fatto è tutta riposta nella estimazione del giudice, non trova la Corte suprema motivi per censurare.

Rigetta il ricorso — Corte suprema di Napoli il dì 1 febbrajo 1838 — causa *Sanseverino*, *Pugliatti*, e *Bagnati*.

N. 534.

Graduatoria-Termini-Dieci giorni-Appello principale-Appello incidente

Nella legge sulla espropriazione forzata vuolsi che l' appello contra la sentenza sulle opposizioni alla nota di graduazione venga interposto *fra dieci giorni che seguono quello della notificazione* fattane alla parte nel domicilio del patrocinatore con l'aumento legale per le distanze — Il legislatore soggiunge la pena di *decadenza* dal diritto di appellare — (175 l. 29 Dic. 1828)

Avrà luogo questa disposizione anche per colui che *appellato* in principale voglia rendersi *appellante per incidente*? — Nò — « le disposizioni contenute nell'art. 175. l. 29. dic. 1828 versando in termini generali sul dovere di *appellare* tra un termine abbreviato, deggiono intendersi dell' *appello principale* — Per la istessa ragione non possono trasferirsi all' appellazione *incidente*, la quale non è fatta per portar l' ostacolo che vuolsi eliminare » — Così la suprema Corte di giustizia di Napoli in arresto del dì 8 febbrajo 1838 nella causa *Dura* e *D' Andrea*.

N. 535.

Aggiudicazione necessaria-Creditore non comparente-Domanda preceduta-Esclusione ingiusta-Spropriazione

Nella legge sulla spropriazione forzata si prevede il caso dell' aggiudicazione necessaria degl' immobili pegnorati — ma è sancito che i creditori debbano « farne la domanda *al più tardi* alla udienza per gl'incanti definitivi, e prima di proclamarsi l' aggiudicazione»—(espressioni dell'art. 54, cui va correlativo l' art. 26.)

Nelle conclusioni alla udienza un creditore *non comparve nel mattino dell'aggiudicazione definitiva*. Egli però nelle procedure anteriori interpellato, avea fatto la sua dichiarazione affermativa—Dubitavasi del se questi perduto avesse il grado per non esser compreso nella sentenza di aggiudicazione condizionale — E la G.C. civ. di Napoli in 3. cam. il 21 aprile 1834 fulminò la *esclusione*.

La suprema Corte di giustizia, cui siffatta quistione si è riprodotta, ha osservato così

» che i giudici del merito han ritenuto per non fatta la dichiarazione di che trattasi, solo per non essere stata *ripetuta nelle conclusioni* alla udienza nel tempo della definitiva — fatta ancora nelle procedure anteriori, l' han ritenuta per *abbandonata*

» che però non è contraddetto in fatto di essere stata la dichiarazione inoltrata nel cammino delle

procedure, ed innanzi di passarsi alla definitiva » che a tal modo la dichiarazione ben soddisfa al voto della legge—è consegnato nell' articolo 54 « *i creditori che ometteranno di domandare* . . . perderanno l' anteriorità » .

« che in tale senso questa Corte suprema ha consolidato la massima (nell' arresto del 1 giugno 1837 causa *Califano* e *Suarez*) di avere il legislatore attribuito il decadimento limitatamente alla *omissione della domanda* — di non essere ulteriormente esposto a pericoli di decadere coloro che hanno ubbidito alla legge, *facendo la dimanda*— In fine essere una esorbitanza il multiplicare le obbligazioni de'creditori, ed estendere il decadimento che è pure una pena, a casi non preveduti dal legislatore »— Corte suprema di giustizia di Napoli 8 febbrajo 1838 — causa *Cianfrone*, ed *Arpagaus*.

N.° 536.

Contravvenzione-Dazio di Consumo-Condizioni di appalto-Regolamento municipale-Forastiere-Rivela omessa-Genere-Perdita

(v. n. 455, 474, 479)

Le *condizioni* che si scrivono per lo appalto di un dazio di consumo, sanzionate dallo Intendente,

vanno rispettate ed eseguite da' giudici nella sede de' giudizî di contravvenzione così come stanno scritte— O che sia *naturale del comune* nel quale il dazio di consumo si paga, o che sia di *altro comune*, il contravventore, egli va soggetto alle pene che le condizioni di appalto del dazio abbiano comminato — Quelle condizioni sanzionate dallo Intendente hanno forza di *Regolamento* obbligatorio.

Gravi son questi principî, alla tutela de' quali due arresti recentissimi fanno scudo.

Il Comune di Ottajano aveasi imposto un dazio di consumo, e questo dazio a 6 dicembre 1837 avea dato in appalto per ducati 3800 annui — Trà le condizioni stabilite era quella dell'*obbligo di rivela* — L'obbligo era generico, non ristretto a *soli naturali di Ottajano*— Il renitente a rivelare veniva soggettato alla *perdita del genere*, ed alla multa.

Avvenne che un individuo immise generi soggetti al dazio, ma non rivelò — Il conduttore del vettigale lo ritenne per contravventore — Il giudice Regio di Ottajano fu invocato giudice della contravvenzione, che era di sua competenza non della giuridizione del Sindaco, poichè non trattavasi di contravvenzione in materia di polizia urbana e rurale.

Il giudice di Ottajano in dicembre 1837 assolve il contravventore, ragionando così »

»..........la legge per una Nazione non è legge per un'altra, perchè manca di forza obbligatoria e di sanzione» — Applicando questo canone che in astratto è vero fra *Regno* e *Regno*, ma che ha le sue *distinzioni*, quel Giudice ne desume che l'individuo

di un *comune*, entrando nel territorio appartenente *ad altro comune*, possa equipararsi allo *straniero* che dal regno suo passa nel territorio di un altro regno — che l'individuo di un comune entrando nel territorio appartenente ad un altro comune vada sottratto dalla osservanza di regolamenti, di statuti, di condizioni per appalto di dazî fissate ne' modi legittimi dall'autorità amministrativa, sol perchè egli è fuori del territorio del *proprio comune* — E poichè il contravventore di cui trattavasi non era di Ottajano ma di un altro comune di questo Regno, il giudice ritiene che nelle condizioni di appalto *i soli naturali* di Ottajano fossero ad intendersi obbligati a far la rivela, esclusa ogni altra persona *non di Ottajano* che per oggetto di commercio e d' industria per Ottajano transitasse col genere soggetto al Dazio di cui trattavasi.

Le condizioni portanti l' obbligo di rivela eran generiche, non ristrette a' naturali soli di Ottajano.

» *Chiunque immette* uno de' generi descritti, per consumarlo nel Comune e suo territorio, o per farne vendita per consumarsi nello stesso Comune, pria di riporlo ne' suoi edifizj è nell' obbligo di farne la rivela allo appaltatore . . . . . . »

» Sono esenti dal pagamento del dazio gli stessi generi, allorchè s'immettono per semplice deposito o passaggio — ciò non ostante *coloro che gl' immettono*, anche pria di riporli ne' magazzini, o trasportarli altrove, sono nell'obbligo di farne all'appaltatore la rivela ».

» *Chiunque* immetta delle farine con la dichiarazione di essere per deposito o passaggio, siccome

pria di riporle ne ha fatto la rivela della quantità, così ogni volta che n'estrae parte, pria di estrarle è nell'obbligo di rivelare all'appaltatore ».

» I contravventori soggiaceranno alla perdita del genere ».

L'Intendente della Provincia di Napoli ebbe scienza di cosiffatta sentenza — Ne conobbe le fatali conseguenze per le massime che racchiudea, e con quella sollecitudine e quello zelo con cui vigila sempre al bene pubblico, indirizzò rapporto all'Eccellentissimo Ministro degli affari interni, perchè la Corte suprema di giustizia *nello interesse della legge* mettesse nel nulla una sentenza così notevole, e ne sviluppò taluno degli errori così

» 1. snaturando il fatto per far dire alle condizioni dello appalto quel che non dicono, cioè che esse alle persone non del Comune di Ottajano fossero estranee, la sentenza viola l'art. 233 l. d. p. c., e l'art. 219 l. organ. giud. del 1817

» 2. interpetrando la parola *chiunque* messa nel patto 2 — e le parole *coloro che immettano* scritte nel patto 3—la parola *chiunque* scritta nel patto 5— le parole *i contravventori* scritte nel patto 6, la sentenza le contorce al senso di non comprendere individui di un comune diverso da *Ottajano*, mentre quelle clausule racchiudono senza menoma distinzione *genericamente* qualunque individuo che passi per Ottajano con generi soggetti a rivela — In ciò fare *un giudice*, *non del contenzioso amministrativo*, invade la facoltà d'interpetrare atti della pubblica Amministrazione, la quale cosa apertamente viola l'art. 8 n. 3 l. 21 marzo 1817

» 3. assolvendo un contravventore dalla perdita del genere di cui avea omesso la rivela, mentre le leggi obbligano in tutto il territorio del Regno (art. 1 leg. civ.)—mentre è nella legge che ciascun comune aver possa dazî di consumo, esclusa e vietata ogni esenzione da essi indistintamente (art. 197 e 198 l. 12 dic. 1816)— mentre è nella legge che *il modo* di percezione di tali dazî va regolato dalla Intendenza della Provincia in cui è il comune, ossia che le condizioni fissate dalla Intendenza si abbiano come fissate *dal delegato della legge* (art. 202 l. 12 Dic. 1816)— mentre è *il modo* di percezione del Dazio di cui trattasi così autorizzato che il *non rivelante* cittadino di Ottajano, o non cittadino di Ottajano, se passi col genere sul territorio del Comune subisca come contravventore la perdita del genere, viola gli art. 1 leg. civ., 197 198, e 202 l. 12 dic. 1816 ».

E quando l'Eccellentissimo Ministro degli affari Interni ebbe partecipato all'Eccellentissimo suo collega di Grazia e Giustizia la urgenza del ricorso nello interesse della legge, venne dal Ministero di Grazia e Giustizia incaricato l'integerrimo Proc. Generale de' passi legittimi — Quel sommo Magistrato approfondì le violazioni di legge che la sentenza racchiudea; ed emise la sua requisitoria così

« veduti gli atti a carico di Giacomo Tufano imputato di *contravvenzione al regolamento sul dazio* comunale di Ottajano

» veduta la sentenza di quel Regio Giudice in data degli 11 dicembre 1837, con cui, ritenuto in

fatto che il Tufano del Comune di Saviano in Provincia di Terra di Lavoro aveva introdotto nel Comune di Ottajano de' cereali senza farne rivela ai termini del *cennato regolamento*, fu nondimeno assoluto, e vennero a lui restituiti i generi sorpresi nella flagranza della contravvenzione, perchè era egli *un forastiere*, *cioè appartenente a comune e provincia diversa*, e non già abitante in Ottajano dove vigeva quel regolamento

» veduto il ricorso prodotto avverso siffatta sentenza da D. Andrea Ammirati appaltatore di quel dazio comunale, parte civile nel giudizio

» veduto l'arresto della Corte suprema di giustizia in data de' 14 marzo 1838, con cui il ricorso della parte civile fu dichiarato irricettibile, perchè non indicava alcun testo di legge violata

» veduto il foglio di S. E. il Ministro Segretario di Stato di Grazia e Giustizia in data de' 12 andante, con cui è stato rimesso ad esso Pubblico Ministero un rapporto diretto dal signor Intendente di Napoli a S. E. il Ministro Segretario di Stato degli affari interni

» attesochè il Pubblico Ministero presso il Giudice del Circondario, che potea ben dolersi della sentenza, non ha curato d'impugnarla con ricorso per annullamento

» attesochè, *esaminata di officio*, ella si appalesa manifestamente contraria alle disposizioni del dritto— imperciocchè se neppure gli *esteri* vanno esenti nel regno delle sanzioni delle *leggi penali e finanziere* che vi sono in vigore, strano sarebbe e scandaloso ammettere eccezioni che esse non ri-

conoscono, ed a favore *di nazionali* che hanno doveri maggiori per eseguirle ed osservarle; sicchè potesse giudicarsi dal magistrato che *ad alcuno de' sudditi del Re, girando per luoghi diversi dal proprio domicilio*, fosse permesso infrangere impunemente regolamenti e statuti penali vigenti ne' luoghi medesimi—D' altronde la distinzione che fa il Giudice Regio di *cittadino*, e di *forastiere* per dir l'uno e non l'altro soggetto al *regolamento municipale* di Ottajano, è una distinzione che in questo non si trova accennata—Egli dunque *arbitrariamente l'ha ammessa*, e quindi contra il disposto negli articoli 470 delle leggi penali, 1.° e 2.° del Real Decreto de' 28 gennajo 1824, non ha *eseguito* rispetto al Tufano il *regolamento* legalmente pubblicato e vigente in Ottajano.

» Per tali motivi

» veduti gli articoli 470 delle leggi penali 1 e 2, del Real Decreto de' 28 gennajo 1824, non che l'articolo 125 della legge organica giudiziaria

» richiede che piaccia alla Corte suprema di giustizia di annullare nello interesse della legge la sentenza del Regio Giudice di Ottajano, ritenuti i soli fatti elementari ».

La Corte suprema di giustizia ha fatto plauso a tale requisitoria.

» Visti gli atti, la decisione, ed il ricorso.

» Adottando le osservazioni del pubblico Ministero.

» Visti gli articoli 470 leggi penali, 1.° e 2.° del Real Decreto de' 28 gennajo 1824, concepiti ne' seguenti termini

» *Art.* (470) — In tutte le altre materie non regolate dalle presenti leggi, e che formano il soggetto di leggi o *regolamenti particolari*, queste leggi e questi *regolamenti* saranno osservati ».

(*Decr.* 28 *gennajo* 1824) — » 1.° Per le contravvenzioni a' dazj di consumo che i comuni s' impongono a'termini della legge de'12 di dicembre 1816 sono applicabili le disposizioni dell' articolo 36 e seguenti delle leggi penali ».

2.° I giudici di Circondario su' processi verbali delle autorità amministrative che contestano le le contravvenzioni, sono le autorità competenti per l' applicazione delle pene.

» Annulla nello interesse della legge la sentenza resa dal giudice del Circondario di Ottajano il dì 11 dicembre 1837 — (Corte suprema di giustizia di Napoli 18 *luglio* 1838 — Causa *Tufano*).

Avvenne un altro caso di *omessa rivela*— Il conduttore del vettigale trasse innanzi allo stesso Giudice regio di Ottajano l' individuo non rivelante, perchè lo dichiarasse contravventore, e lo multasse con la perdita del genere — Questo secondo caso era anche più chiaro del primo —il contravventore era un individuo nato in Ottajano, ivi domiciliato.

Il Giudice non potè fare a meno di ritenere che egli fosse un contravventore — Ma, leggendo fra le condizioni dello appalto l' autorevole voce della pubblica Amministrazione che dettava la condizione della *perdita del genere* non rivelato, scrisse un periodo nella sentenza, così ;

» risentirebbe la giustizia ove per una semplice

contravvenzione un individuo avesse a perdere grande quantità di generi che messa in traffico è l'unico mezzo onde alimentar la sua famiglia ».

Assolvè il contravventore dalla perdita del genere, contento di averlo condannato a giorni dieci di mandato in casa, alla multa di ducati sei, ed alle spese del giudizio.

Pure leggeasi in quella medesima sentenza un periodo così

» che i regolamenti statuiti, ossiano le condizioni fatte dalle autorità Amministrative ne'comuni di loro giuridizione, debbono tenersi come legge».

L'Intendente, zelantissimo nella tutela de' principj fondamentali, senza di cui la giuridizione vacilla, ebbe la cura di denunziare per l'organo dell'Eccellentissimo Ministro dell'interno questa sentenza all'Eccellentissimo Ministro di grazia e Giustizia, provocandone l'annullamento nello interesse della legge.

Osservò fra i motivi esser quello derivante dallo articolo 8 n. 1 leg. 21 marzo 1817—considerato in generale come *atto* dell'amministrazione pubblica quel contratto di appalto, i giudici soli del contenzioso amministrativo vagliar possono la validità, o invalidità de' patti racchiusi in quel contratto—Il Giudice Regio non può scuoterne la energia, mentre è invocato nella sede di un giudizio di contravvenzione per applicarne lo impero a'casi, e per punire il contravventore—considerato in ispecie l'atto di cui trattavasi, andava ritenuta come *legge* quella condizione sancita dall'autorità amministrativa ne'modi legittimi, e fusa

nel contratto di appalto di quel dazio, poichè l' Intendente è un delegato speciale dalla legge per regolare il modo di percezione de' dazî di consumo, e le condizioni da lui sancite. quando il dazio vien dato in appalto, entrano nella sfera delle ordinanze, de'regolamenti che fanno parte del diritto pubblico, e che vanno perciò rispettati ed eseguiti.

Ecco le parole della requisitoria e dello arresto che la suprema Corte ha reso nello interesse della Legge.

»Veduti gli atti a carico di Sabato Miranda imputato di contravvenzione al regolamento sul dazio di consumo impostosi dal Comune di Ottajano.

»Veduta la sentenza di quel Regio Giudice in data 5 gennajo ultimo, con cui il Miranda dichiarato colpevole della cennata contravvenzione, fu condannato a giorni dieci di mandato in casa, alla multa di ducati sei, metà a pro dello appaltatore D. Andrea Ammirati, e l'altra metà a favore del Comune, non che alle spese del giudizio — e rispetto al genere *a lui sorpreso nella flagranza della contravvenzione*, considerando quel magistrato » esser ottimo consiglio, pigliar norma e regola intorno a ciò dalle leggi in generale de' dazj indiretti, rispettando i principî fondatori della industria e del commercio; ed in oltre osservando che anche la giustizia ne risentirebbe se per una semplice contravvenzione un individuo avesse a perdere gran quantità di generi, che messa a traffico è l'unico mezzo onde alimentar la sua famiglia » ordinò al consegnatario D. Francesco Giuliano di

rendere immantinenti il genere al contravventore.

» Attesochè questa sentenza non è stata impugnata col ricorso da alcuna delle parti.

» Che nello interesse del Comune, e dello appaltatore ha dato bensì motivo *alle doglianze* del Sig. Intendente della Provincia di Napoli, come dal suo rapporto diretto a S. E. il Ministro degli affari Interni, e poi trasmesso a S. E. il Ministro Segretario di Stato di grazia e giustizia con foglio de' 12 andante ad esso Pubblico Ministero.

» Attesochè la sudetta sentenza del Giudice Regio di Ottajano viola ad un tempo il diritto ed il rito— viola il diritto, quando per leggi e considerazioni generali ordina la restituzione al reo del genere a lui sorpreso nella flagranza del reato, mentre un regolamento particolare ordinava in quel comune la perdita in pregiudizio del contravventore—Dovea dunque il Regio Giudice prender norma e consiglio da questo *regolamento*, anzichè dalle leggi generali de' dazî indiretti « *in toto jure generi per speciem derogatur; et illud potissimum habetur quod ad speciem directum est* (l. 80. dig. de reg. jur.) non eragli dato di eccederne l'esecuzione per principj fondatori, com' egli dice, d' industria, o di commercio, o per gli effetti dannosi che possono derivarne alla famiglia del contraventore; giacchè queste considerazioni sono affatto incompatibili con l' uffizio del Magistrato — Era quistione per lui unicamente *de lege condita, non de lege condenda— Nemo debet esse lege sapientior* » (Arist.)—Per lui, per tutti i magistrati, è già scritto nella Romana legislazione « *Meminisse debet judex ne ali-*

ter judicet, quam legibus proditum est » — (Inst. de off. jud. in princ.) — Inoltre non dovea egli ricercare ed ammettere scuse là dove non erano dalla legge ammesse (art. 63 leg. pen.) — La sentenza è nulla anche per rito, giacchè in essa contra il disposto dall'art. 294 delle leggi di proc. penale, non si veggono trascritti gli articoli del regolamento che prevedono e puniscono la contravvenzione di cui è parola.

» Usando dunque della facoltà accordatagli dall' art. 125 della legge organica giudiziaria, richiede che piaccia alla Corte suprema di giustizia di annullare nello interesse della legge la sentenza del Regio giudice di Ottajano ».

E la Corte suprema dopo questa dotta requisitoria ha pronunziato così

» visti gli atti, la decisione ed il ricorso, adottando le osservazioni del P. M.

» annulla la sentenza del Giudice Regio nello interesse della legge »—(Corte suprema di giustizia causa *Miranda* 18 luglio 1838.)

N.° 537.

Rescissione—Errore scoperto—Dieci anni Scienza dello errore—Pruova a carico dello attore

(v. n. 12, 152, 287, 510)

L'azione per annullare, ovvero per rescindere un contratto dura *dieci anni*, ove non si trattasse di un caso per lo quale una legge particolare abbia ristretto a più corta durata questo termine (art. 1258 l. c. art. 1304 c. c.) — Il legislatore soggiunge che ove si tratti di rescindere per causa di *errore*, il decennio sia numerato *dal dì in cui l' errore è stato scoperto* (cit. art. 1258 l. c. — 1304 c. c.)

Nell' applicazione di questa teorica sorge una interessante quistione.

Se il convenuto in rescissoria dica allo attore che *son passati dieci anni* nel giorno della contestazione della lite, chi dovrà far la pruova ? — Dovrà l' attore pruovar ch'egli abbia scoperto l'errore da men di dieci anni—o il convenuto al sostegno della sua eccezione d'irricettibilità pruovar dee che l' attore avev' avuto notizia dello errore da più di dieci anni ?

La Corte di Douai ritenne che fosse obbligo del *convenuto* pruovare il fatto che renderebbe irricettibile l' azione *tardivamente promossa.*

La Cassazione di Francia l'annullò, giudicando che *l'attore* vestir dovesse di pruova l'estremo di aver conosciuto l'errore *da men di dieci anni* — (26 luglio 1825 — Sirey 25 1 370).

Duranton che rapporta la teorica, (tom. 7 pag. 755 nella nota num. 1) rinvia al suo trattato de' contratti num. 1053 e seguenti.

N.° 538.

Congregazione—Consiglio d'Intendenza—Consiglio degli Ospizj—Ammessibilità—Nomina—Banca—Fratello—Richiamo—Contabilità-Conto approvato

(v. n. 428)

Nell'art. 24 della legge del 21 di marzo 1817 era definito che i Consigli d'Intendenza i quali son *giudici ordinarii di tutte le materie del contenzioso amministrativo* enunciate nel primo titolo di quella legge (v. l'art. 23 l. 21 marzo 1817) giudicherebbero « ancora *tutte le controversie relative* » *alla esecuzione degli statuti* delle corporazioni di » arte, ed altre simili » — salvo l'appello *devolutivo* alla gran Corte de' conti per modo di *regola*, tranne i casi d'*inappellabilità* (indicati nello art. 25 della legge istessa).

Un Decreto del 18 dicembre 1832 sostituì all'art. 24 novelle disposizioni — Mirò allo scopo di far cessare le controversie che spesso insorgeano sulla *competenza* de' Consigli degli Ospizî, e de' Consigli d'Intendenza negli affari riguardanti *congregazioni laicali*, e stabilì chiari principî per risolvere i seguenti casi

1. sorge controversia per la *nomina di amministratori* — Il Consiglio degli Ospizî ne conosce, e dispone *amministrativamente* — e dalle disposizioni del Consiglio degli Ospizî compete *richiamo al Consiglio d' Intendenza* — Compete ulteriore sperimento innanzi alla G. Corte de' Conti? — No — Finisce la contesa innanzi al Consiglio d' Intendenza — (*art.* 1 *n.* 1 *decr.* 18 *dicembre* 1832)

2. V' è quistione fra' *contabili e la confraternita* — I Razionali danno il loro giudizio su' conti. La quistione progredisce — Giunge al Consiglio d' Intendenza — Compete ulteriore sperimento? — No — Quistioni cosiffatte non posson avere *altro corso dal Consiglio d'Intendenza in avanti* (espressioni dell'art. 1 n. 2 decr. 18 dicembre 1832)

3. Il privato vuol *muovere una lite* contro alla confraternita — Il Consiglio d' Intendenza ha *autorità e giurisdizione* per conciliare? — Sì — (*art.* 1 *nel principio*, *ed art.* 1 *n.* 3 *cit. decr.* 18 *dicembre* 1832.)

4. La pia adunanza vuol fare *contratti*, *appalti*, ed altre cose simili — Il Consiglio d' Intendenza ha *autorità e giurisdizione* per conoscer della espedienza — (*art.* 1 *n.* 4 *decr. cit.*)

Premesso ciò; il Decreto del 18 dicembre 1832 tien quest'espressioni che fissano la competenza del *Consiglio generale degli Ospizj* in materie disciplinari ed amministrative.

» All' infuori de' succennati casi, e di ciò che le leggi organiche *attribuiscono al Contenzioso Amministrativo per cause particolari estrinseche* contemplate nella legge del 21 di marzo 1817 (escluso l' art. 24 che non ha più oggetto) *tutte le altre facoltà amministrative e disciplinari* sulle Congregazioni laicali appartengono, e continueranno ad appartenere a' Consigli degli Ospizî »—(collez. 1832 2 sem. pag. 233)

Nell' applicazione di cosiffatti principî potrebbe venire a disamina una quistione *di ammissibilità di reclamo* — L' individuo così detto *fratello della tale* Congregazione si duole perchè la *elezione* non è stata regolarmente fatta; ovvero si duole del perchè siesi data *liberatoria* de' conti del tale anno, mentre egli crede che la tale partita andava significata — Sarà ammissibile la voce di questo *individuo* o pur no innanzi al Consiglio?

La ragione di ritenere l' *ammissibilità* del reclamo di *un solo fratello* nelle materie *di elezione* è di facile sviluppo, imperciocchè in legge ritenendosi come sezione dell' amministrazione municipale gli stabilimenti di beneficenza ed i luoghi pii laicali di cui trattano le instruzioni de'20 maggio 1820, si ha dallo art. 120 della l. 12 dicembre 1816, che è *permesso ad ogni cittadino di produrre al Sotto Intendente i reclami contro alle nomine* » —

Ciò mette fuori dubbio l' *ammissibilità* della voce *individuale* di un *fratello di Congregazione* che reclami contro alla nomina la quale ha avuto luogo per lo regime di quella.

E se ne' termini del cap. 2 della legge del 12 dicembre 1816 questo *fratello di Congregazione* verrà al Consiglio d' Intendenza motivando che la *Banca* trovasi eletta in modo che sederebbero in essa ascendenti e discendenti, fratello e fratello, Zio e nipote (*art.* 106 *seg. l.* 12 *dicem.* 1816) la sua voce isolata sarà *ammessibile*—E nel merito egli vincerà, se proponga il richiamo prendendo norma da' termini della legge, e nel senso del Rescritto del 24 giugno 1826 così concepito

» Sua Maestà, a parere della Consulta de' Re-
» gali Domini di quà del faro, si è degnata di
» dichiarare che *l' impedimento d' incompatibilità*
» *fra zio e nipote* indicato nell' art. 110 della legge
» 12 dicembre 1816 debba *intendersi nel senso il*
» *più stretto*, cioè riguardo a' *figli di fratelli* e
» sorelle, o germani, o consanguinei, o uterini ».

Piuttosto la dubbiezza insorger può nella materia di *conto della congregazione*—I *comuni* hanno un Consiglio comunale sotto la denominazione di *Decurionato* (art. 53 l. 12 dicembre 1816)—Ma le così dette *congregazioni* non hanno nel loro seno un collegio che si equipari a ciò che è il Decurionato relativamente a tutti gl' individui di un comune — Nè la *Banca*, la qual' è costituita da superiore, primo e secondo assistente ec., può considerarsi immagine del *Decurionato*; andando piut-

tosto alla similitudine di quel che sono nell' amministrazione comunale il Sindaco, gli Eletti ec.— L'art. 90 delle instruzioni del 1820 fissa il principio che « *l'amministrazione* venga confidata a quel » numero di fratelli che *la rispettiva corporazione* » *scelga legittimamente riunita* nel modo prescritto » dalle regole munite di Regio assenso » — ond'è che *la voce* per la deliberazione sta presso la *Corporazione* legittimamente riunita—e ciascun de'fratelli ha *un voto* così come un decurione l'ha nel decurionato.

Ogni fratello ha diritto per *discutere* ciò che al corpo collettivo della Congregazione si appartenga, ciò che al bene di quella confluisca, così come un decurione ha la *proposta* nel decurionato su tutti gli affari di utilità pubblica del Comune (art. 68 l. 12 dicembre 1816) — Un decurione può richiedere che *negli atti sia fatta menzione del suo voto particolare* (art. 70 l. cit.) ma non è solito vedersi *un Decurione* chieder di essere ammesso a richiamo in nome del Comune per ricercar se la partita *tale* andava significata o pur no nel *conto morale* del Sindaco.

Potendosi equiparare i *deputati visori* di un conto morale del Sindaco, di cui è parola nello art. 267 l. 12 dicembre 1816, e nello art. 18 delle antiche instruzioni per la contabilità comunale del 26 di ottobre 1811, e nello art. 14 delle instruzioni per la contabilità Comunale (rapportate nella collezione di Bari pag. 363), si troverebbe che il ricorso contra la determinazione dello Intendente pel conto

morale *di un Sindaco* non è già che possa da *un decurione solo* interporsi — L' art. 16 di quelle instruzioni dice così « compete al Sindaco ed al *decurionato il ricorso* » — ond' è che, reggendo il paragone, non potrebbe il *fratello isolatamente* considerato interporre richiamo; appartenendo o alla *congregazione*, o al contabile significato, il dolersi della liberatoria, o della significatoria che si trovasse pronunziata ingiustamente.

Nello art. 139 delle instruzioni del 1820 è scritto così—« tutto ciò che è prescritto ne' *regolamenti comunali* per lo esame de' conti morali, e materiali de' comuni al di là di quello che si è prescritto nelle presenti instruzioni, *è prettamente applicabile a' pii stabilimenti* — Lo stesso s' intende pe' reclami che possono *da' contabili* elevarsi avverso le significatorie, senza che però tali reclami valgano a sospendere la esazione delle significatorie medesime ».

Nello art. 145 delle istesse instruzioni del 1820 è sancito così: « *Metodo pe' conti delle Congregazioni* — le disposizioni degli art. 141 e 142 debbono estendersi alle confraternite e congregazioni per quanto riguarda il metodo e la liturgia de' conti morali — Non potendo su di esse prender parte i *Decurionati* nè i *Sindaci*, le funzioni de' primi saranno adempite *dalle stesse fratellanze*, nelle quali interverranno i deputati ecclesiastici e quelle de' secondi *da' superiori delle medesime* — In quanto a' conti *materiali* si serberanno le regole prescritte.

Del resto le instruzioni per la contabilità comu-

nale hanno i tre ultimi articoli molto pertinenti allo sviluppo della quistione in disamina.

Nello art. 22 di esse vien fatta la distinzione del ricorso al Ministro per un *conto morale*, (v. art. 16 Instruzioni, ed art. 269 l. 12 dicembre 1816), nel senso di esser questo un rimedio *sospensivo*, a differenza del ricorso in G. C. de' conti avverso i provvedimenti diffinitivi de' Consigli d'Intendenza pe' *conti de' Cassieri*, che è unicamente *devolutivo* per regola (v. art. 275 l. 12 dicembre 1816, e ved. rescritto de' 14 gennajo 1829 per lo quale i Consigli d'Intendenza nella discussione de' conti de' comuni minori debbono uniformarsi all'art. 20 l. 29 maggio 1817 organica della G. C. de' conti, ed all'art. 55 del Decreto 2 febbrajo 1818 riguardante il *regolamento di procedura* delle camere contabili di quella G. C.—v. collez. Bari tom. 1 pag. 64).

Nello art. 23 delle instruzioni si apre l'adito ad un *cassiere comunale* per chiedere la revisione del suo conto nel Consiglio d'Intendenza ne' termini là indicati, e si ritiene *ammissibile*.

Soggiunge l'art. 24 che il conto già veduto dal Consiglio può sempre riesaminarsi *ex officio* dallo stesso Consiglio, ovvero *a richiesta dell'Intendente*, se, verificandosi altri conti, si scuopra uno de' quattro casi di *errore*, *omissione*, *falsità*, e *doppio impiego* (rinvia al Decreto del 2 marzo 1808 art. 21)— non altramente che nel Regolamento approvato da S. M. il 2 febbrajo 1818 (art. 51) dopo essersi parlato di quella *revisione* che ha luogo per semplice ministero della legge relativamente a' conti

de' Cassieri de' *comuni maggiori*, a' termini dello art. 274 l. 12 dicembre 1816, si soggiunge « *Può aver luogo parimente* per effetto di domanda di *un contabile* (primo caso) — o dell' *amministrazione* cui esso appartiene (secondo caso) — o a richiesta del *Ministero pubblico* (terzo caso) — ne' casi preveduti dallo art. 20 della legge organica della G. C. de' conti » — (v. art. 51 Regolamento del 1 febbrajo 1818 (collez. delle leggi e decreti pag. 95, e v. art. 53 Reg. cit.)—rinv. agli art. 10 a 22, 24 a 26, 29 a 37, 44 a 50, 12, 13, 14, 17 dello stesso regolamento, non che all' art. 20 della l. org. della G. C. de' conti.

Sta dunque a rigore una *inamissibilità* contro alla voce del *fratello di Congregazione*, quando voglia osservarsi ch'*egli solo* non è il rappresentante l' *amministrazione*, alla quale competa il richiamo — Ma sta nelle attribuzioni sublimi dell' Intendente l'accogliere la voce di un fratello di Congregazione, vagliar s' egli dica il vero o no; e nel caso in cui egli ben presenti la idea di una *necessaria revisione*, se l' Intendente disponga che il Consiglio in termini di revisione riesamini, in questo caso può verificarsi che il Consiglio secondo le leggi provveda—(*argomento tratto dallo art. 24 delle istruzioni per la contabilità comunale, applicabile per l'art. 149 delle instruzioni pe' luoghi pii laicali del 1820*).

N.° 539.

Dazî di consumo—Eletto impedito—Decurione anziano—Verbali—Contravvenzioni-Giuridizione

(v. n. 428, 455, 474.)

In mancanza del 1°. Eletto, il Decurione più anziano può essere autorizzato a *sorprendere le contravvenzioni pe' dazj di consumo*, e redigerne il corrispondente verbale — Così per argomento del Real Decreto 11 settembre 1825, che tratta delle contravvenzioni in materia di *polizia urbana e rurale*, Sua Eccellenza il Ministro degli affari Interni rescrive all' Intendente della Provincia di Napoli.

Cosiffatta Ministeriale in pari tempo rafforza il principio di non potersi le contravvenzioni in materia di *dazî di consumo* render giudicabili dal *Sindaco*, avendo la legge ben distinto i Giudici per questa delegazione—*Ministeriale del dì* 8 *agosto* 1838 partecipata al Consiglio d' Intendenza di Napoli a' 11 di agosto (1. uff. n. 4226)

N.° 540.

Indebito—Condictio indebiti—Ripetere—Pagamento—Giudicato

(v. n. 324.)

L' Imperatore Antonino avea rescritto « *pecuniae indebitae per errorem, non ex causa judicati solutae, esse repetitionem jure condictionis non ambigitur* » (l. 1. cod. de cond. ind.)—Quindi osserva Pothier che non vi sia diritto a ripetere allegando *errore*, quantevolte siesi pagato *per effetto del giudicato*—« *Ergo si ex hac causa solutum esset, cessaret repetio* » — (Pand. just. lib. 12 tit. 6. n. 28. in not. n. 3.)

A questa legge Pothier avvicina la l. 29 mand., nella quale Ulpiano scrivea che in tutti i casi in cui il creditore prendesse più di quello che gli era dovuto, andasse esposto alla ripetizione; ma che questa regola (la quale oggi è un canone delle nostre leggi civili art. 1188, 1330) dovesse intendersi con una eccezione: *nisi ex condemnatione fuerit ei pecunia soluta — tunc enim propter auctoritatem rei judicatae repetitio quidam cessat — ipse autem stellionatus crimine propter suam calliditatem plectetur* — (l. 29. § 5. mandati)

È notevole quel che Pothier su questa legge osserva ed avvalora con la opinione ancora di Cujacio — « *caeterum datur repetitio per actionem de*

dolo, *ut recte notat Cujacius*—(Pand. just. 12 6. n. 28 in not. num. 5.)

Dopo ciò Pothier rapporta le due leggi 26 § 10 *de cond. indeb.*, e 36 *familiae erciscundae*.

Nella prima si suppone il caso di colui che falsamente credea di essere stato condannato, mentre *non esistea condanna alcuna* che l' obbligasse al pagamento — Il Giureconsulto risponde « *si quis quasi ex compromisso condemnatus* falso *solverit*, *repetere potest* » (l. 26 § 10 de cond. ind.)

Nella seconda si suppone il caso di una condanna *veramente intervenuta*, ma per una causa *inefficace* — Ti credea coerede, mentre tale non eri— ebbi teco il giudizio *familiae erciscundae* nel quale furon pronunziate condanne, e fu fatta aggiudicazione — Dopo tutto ciò scuopro la verità — Potrò muoverti lite *condictione indebiti*?—potrò *rivindicare* ? — e vi sarà differenza nello agir contra colui *che è erede* e nello agir contra colui che *erede non è* ? — Il Giureconsulto risponde « *qui ex asse heres erat*, *si cum* putaret *se Titium coheredem habere*, *acceperit cum eo familiae erciscundae judicium et condemnationibus factis solverit pecuniam*, *quoniam ex caussa judicati solvit*, *repetere non potest* ».

Il Giureconsulto promuove il dubbio del se potesse rilevarsi la circostanza di non esister giudizio *familiae erciscundae*, se non quando esso è contestato fra coeredi — (Pothier rinvia al titolo *familiae erciscundae num.* 4 per sostenere il principio « *judicium familiae erciscundae non potest accipi*, *nisi inter coheredes* — *sententia igitur ex tali judicio inutili-*

ter accepto non valet »)—Le parole della legge sono così « *Sed tu videris eo moveri quod non est judicium familiae erciscundae*, *nisi inter coheredes acceptum — Sed quamvis non sit judicium*, *tamen sufficit ad impediendam repetitionem quod quis se putat condemnatum* » — Pothier soggiunge « *modo tamen qualiter qualiter sit condemnatus—Ratio esse potest quod jure veteri caussa judicati crescebat in duplum per inficiationem—Porro quod tamquam ex talibus causis licet indebite solvitur*, *non repetitur* » — (Pand. just. 12 6 num. 29 not. n. 1.)

Il Giureconsulto suppone ancora un altro caso— *Nè l' un nè l' altro* de'contendenti erano *veramente eredi*—Intanto con la divisa di *eredi* sostennero il giudizio *familiae erciscundae* — Risponde « *de repetitione idem in utrisque dicendum est*, *quod diximus in altero* ».

Finalmente suppone il giureconsulto il caso di una divisione che si era fatta *all'amichevole*, senza la opera del Magistrato ; ma il condividente facea *credersi coerede* senza che lo fosse — Risponde « *Plane si sine judice diviserint res*, *etiam condictionem earum rerum quae ei cesserunt*, *quem coheredem esse putavit*, *qui fuit heres*, *competere dici potest—non enim transactum inter eos intelligitur*, *cum ille coheredem esse putaverit.*

Gotofredo opportunamente richiama l'attenzione sulla frase *si sine judice diviserint res* : ed annota *vel arbitri sententia*, rinviando alla legge ottava *de collationibus*, nella quale agl' Imperatori presentavasi il caso della divisione tra la sorella ed

il germano — La donna dovea conferir la dote, ma ciò fu omesso—Gl'Imperatori risposero « *Praeses provinciae, examinatis partium allegationibus, cum bonis dotem confundi jubebit, et quod deducta ratione plus apud eam esse animadverterit, tibi restitui jubebit* »—soggiunsero « *idem est et si arbitro dato divisio celebrata est* ».

Dotte osservazioni fa Duranton su quella legge di Paolo (36 *famil. ercisc.*) allorchè parlando della rescissione della divisione premette che la violenza, il dolo, e la lesione oltre il quarto aprano l'adito all'azione rescissoria anzi espressa— Dopo ciò mette per base che *l'errore*, considerato come tale, non è causa di rescissione, nè di annullamento *nelle divisioni* — poichè o consistea nella *omissione* di cespiti ereditarii, ed allora non si *rescinde* la divisione fatta, bastando il *dividere i cespiti omessi* — o l'errore consistea nel credere *ereditario* ciò che poscia *il terzo reclama come suo*, ed allora l'erede contra il quale si è rivindicato agisce per la *garantia della propria quota*, non per la *rescissione* del parteggiamento — o l'errore consistea nella falsa valutazione data alle cose divise, ed allora dilemma : o ne risultò un danno oltre il quarto per chi l'allega, o questo danno non è oltre il quarto — Nel primo caso l'errore si traduce in *lesione* — nel secondo caso la legge non ne ha alcun riguardo, perchè malgrado suo voto sia che regni fra condividenti perfettissima uguaglianza, nondimeno questa non può sempre ottenersi in pratica fra le operazioni di apprezzo e di scom-

partimento; e la tranquillità delle famiglie prepondera perchè la divisione fatta non si sconvolga.

Ciò premesso, Duranton tratta del caso in cui l'errore fosse consistito in *credere erede chi tal non era*, e dello error *sostanziale* in cui siesi incorso dividendo una eredità *non fra' coeredi* — Ritiene che nel Romano diritto altro fosse per le divisioni *stragiudiziali*, altro per le divisioni fatte *nel giudizio familiae erciscundae*—e dopo ciò conchiude così « siccome questa disposizione del diritto Romano è ignota nella nostra legislazione, rimane la regola confessata da Paolo istesso, *non esservi effettivamente giudizio di divisione, se non fra coloro che son coeredi* — e non deesi perciò fare differenza alcuna appò noi tra il caso in cui la divisione sia avvenuta *giudizialmente*, se tuttavolta *la qualità* del condividente non sia stata *discussa e giudicata*, ed il caso nel quale tale divisione sia avvenuta con atto stragiudiziale — *in entrambi avvi luogo a ripetere le cose rilasciate con falso atto di divisione a questo falso erede* . . . . . »

Distingue il caso in cui della *qualità di erede* contendeasi, dal caso in cui vi è stata soltanto una *divisione con l' erede putativo*, mentre questo è stato ammesso *sine causa* — Conchiude che nel secondo caso è permesso *ripetere* con l' azione *sine causa* ciò che si è pagato, e per via di ripetizione riprendere i cespiti ereditarî dati a colui — Per la quale cosa Duranton osserva che allora la prescrizione non sia ristretta a *dieci anni* come nelle domande rescissorie, sibbene vada sottoposta alle regole generali dell' art. 2262 c. c. (2168 l. c.)

Dopo ciò narra un arresto nella specie seguente.

Per falsa interpetrazione della legge di nevoso anno 11. avea un *collaterale* domandato la divisione di una eredità cui si era fatto luogo sotto lo impero di quella legge, citando un parente della stessa linea, ma *di grado più remoto*, poichè avea creduto di doversi tener fermo il sistema di *suddivisione* delle *linee*, cioè che il *più prossimo non sempre escludesse il più remoto*—Quando la giurisprudenza della Corte di Cassazione più non permise d' intendere la legge in questo modo, sperimentò la sua azione di *ripetizione* sotto la forma di *una domanda di rescissione della divisione per causa di errore;* la quale cosa diè luogo alla quistione se mai fosse applicabile la prescrizione *di dieci* anni, o quella di *trent' anni* — La Corte giudicò che *l'errore viziava la divisione*, e siccome l' erede putativo si trovava di aver *ceduto i suoi diritti sopra la sua pretesa quota ereditaria*, la Cassazione similmente dichiarò che l'*azione di rivindicazione* avea luogo *contra i terzi acquirenti*, e che costoro per sottrarsene non potessero invocar la prescrizione *di dieci anni* tra presenti, e di venti tra gli assenti, giacchè tale prescrizione ha luogo soltanto per *determinati stabili*, mentrechè i cessionarii erano *detentori di una universalità*, e perciò soggetti come lo era *il lor cedente* alla *petizione di eredità, la quale dura trent' anni* — Siffatto arresto è del dì 26 luglio 1825, ed è rapportato da Sirey nel tomo 25 .1. 370.

Ritenuto il canone che la lesione di quarto apra l' adito ad azione rescissoria contra le divisioni, di cui trattano gli art. 807 seg. l. c. (887 e seg. c.c.) sorge il dubbio del se questa teorica possa correr

quando la divisione fosse stata fatta *per una sentenza di arbitri* i quali prima avesser pronunziato *inappellabilmente* sulle quistioni che insorte erano per dividere:

Rispondi — è inamissibile la ricerca.

Così la Corte di Cassazione di Francia in un recente arresto ha ritenuto, di cui le specie son come segue.

Si trovava stabilita una *società di acquisti* fra' conjugi, e dal matrimonio era nato un figlio — Questi era divenuto maggiore, quando la madre morì — Insorgono quistioni per dividere la eredità di colei, e s'impegnano contese tra'l vedovo padre, e'l figlio, relative all'effetto dello scioglimento di quella società, ed al parteggiamento degli acquisti. Arbitri vengono scelti, e le parti convengono che *appello non competerà*, *nè ricorso*, contra la sentenza che *gli arbitri* emetteranno—Gli arbitri discutono ventuno quistioni, ed emettono la sentenza loro inappellabile.

Muore il padre — Il figlio muove a' coeredi lite, perchè *lesione* dice esser concorsa nella divisione che fu fatta per esecuzione della sentenza degli arbitri.

Il Tribunale ordina una perizia — Si pruova che veramente apparteneva all'asse ereditario di quella donna un valsente assai maggiore di quello che gli arbitri avean creduto — Si va a chieder che il Tribunale omologhi la perizia, e che la lesione di quarto essendo pruovata, la divisione sia rifatta secondo le basi nuove da' periti proposte.

Ma è soffermato da un appello il passo — Alla

Corte Reale di Agen si domanda che sia rivocata la sentenza la quale *aperto avea l'adito all'azione*, ordinando la perizia.

La Corte nel 4 di febbrajo 1837 ritiene che gli art. 887, 888 c. c. (807, 808 l. c.) *non si applichino* al caso di divisioni fatte *giudiziariamente o per sentenze di arbitri*: altramente si aprirebbe il varco ad *infrangere i giudicati*.

Ricorso sostenuto dal signor Dalloz per violazione degli articoli 887, 888 c. c., lo spirito de' quali a lui sembrava esser tale che vacillando la uguaglianza, *essenziale requisito delle divisioni*, esse *indistintamente* crollar dovessero, quando anche mascherate fossero di vendita, di permuta, di transazione, di qualsivoglia altra maniera, espressioni generiche le quali comprender possono anche il caso *del giudicato*.

La Cassazione di Francia non ha accolto questo ragionamento ed ha premesso una distinzione fra due casi

1. *caso* — la sentenza omologa una divisione che *non presentav' alcuna quistione giudicabile* — Allora non fa che *supporre* la uguaglianza richiesta dalla legge tra' condividenti

2. *caso* — i tribunali decidono diffinitivamente sulle contestazioni che i condividenti aveano elevato — Allora i tribunali son essi che *stabiliscono e pronunziano* la uguaglianza della divisione.

Nel primo caso *non vi è l' ostacolo del giudicato*: quindi può chiedersi la rescissione.

Nel secondo *vi è giudicato* sulla materia di di-

visione — quindi vi è irricettibilità di qualsivoglia azione che si spingesse contro la divisione — quindi la rescissoria per causa di *lesione di quarto* derivante dagli art. 887, e 888 c. c. (807, 808 l. c. diviene inamissibile.

La Cassazione inoltre ha considerato che l'autorità di *una sentenza arbitrale*, quando è passata in cosa giudicata, è la stessa che l'autorità delle sentenze *de' tribunali* passate in cosa giudicata

ha considerato « . . . essere ritenuto in punto di fatto dalla decisione impugnata che fra le quistioni dagli arbitri risolute era quella del parteggiamento della eredità materna, e che gli *arbitri inappellabili* aveano costituito *un giudicato diffinitivo*, quando, compensati i conti e le reclamazioni vicendevoli delle parti, aveano fissato che in tutto e per tutto 7000 franchi soli, e nulla di più dal padre al figlio fosse dovuto ».

Di quì ha desunto come legittima conseguenza che la irricettibilità pronunziata, lungi dal violare gli art. 887 e 888 c. c. (807, 808 l. c.) abbia fatto una giusta applicazione degli articoli 1350, 1351 c. c. (1304, 1305 l. c.)

Ha rigettato il ricorso — (11 giugno 1838 causa *Fédas* ed eredi di *Fédas*).

N.° 341.

Consiglio d' Intendenza — Decisione preparatoria — Interlocutoria — Diffinitiva — Reclamo — Gran Corte de' conti — Inammissibilità.

(v. n. 66, 371)

Da una decisione di Consiglio d'Intendenza che *riunisca la causa ad altra causa pendente*, può interporsi richiamo alla G. C. de' conti ? — No.

È utile il rapportare un avviso della G. C. de' conti che lo decide, e che in pari tempo stabilisce la legale distinzione delle decisioni *preparatorie*, *interlocutorie*, e *diffinitive* le quali han luogo ne' giudizî innanzi alle autorità del contenzioso amministrativo.

Erasi denunziato al Sindaco di Francavilla che nella contrada Madonna de' grani vi era un *pubblico tratturo* contiguo ai fondi di D. Fedele Forlaro, il quale era stato *occupato* dai fratelli Casalini, possessori de' fondi contigui al tratturo—Che perciò bisognava dare le analoghe disposizioni.

Portatosi sopra luogo l'Eletto con tre periti, verificò che il tratturo era stato cinto da mura dal lato occidentale, lasciandovi due vani — che dal lato settentrionale era stato chiuso con muro dai

fratelli Casalini — che la estremità anche si era chiusa, e che la larghezza era di palmi 34, e la lunghezza di palmi 1672 — quindi la parte del suolo occupato da Casalini fu definito essere del valore di duc. 55,31.

Il Sindaco si dichiarò incompetente, poichè la multa che dovea infliggere al contravventore oltrepassava i duc. sei.

Il P. M. presso il Consiglio d'Intendenza pronunziò la multa di duc. venti, e conchiuse ridursi il tutto al primitivo stato.

Opposizioni per parte de' fratelli Casalini — Sosteneano *essere il suolo di loro proprietà*, e quello aver essi coltivato per allontanare la servitù di passaggio che avesse potuto pretendere Forlaro sul loro fondo — che ciò risultasse da antichi documenti.

Forlaro confutò ciò che avean dedotto i fratelli Casalini, e documentò che i *cittadini di Francavilla* aveano avuto *il passaggio pel fondo* controvertito.

Altre difese de' fratelli Casalini, domandando non doversi tener conto di ciò che Forlaro assumesse.

In tale stato fu avvanzata nel 1836 una domanda all'Intendente della Provincia, sottoscritta da D. Agostino Tagliavanti, con cui si dicea che i fratelli Casalini possedevano l'antico passaturo de' Cegliesi *usurpato* da' loro maggiori — *Che tale passaturo era pubblico, e che si dovea rivindicare dal Comune di Francavilla*, il quale pe' rapporti dei Casalini co' Sindaci ne aveano trascurato le domande.

L'Eletto si conferì sopra luogo, e ritenne per vero ciò che fu esposto—Il Sindaco si dichiarò incompetente—Il P. M. presso il Consiglio d'Intendenza pronunziò la multa di duc. 24, ed ordinò *riunirsi questa causa alla precedente* per pronunziarsi dal Consiglio d'Intendenza con una sola decisione.

Intimata una tale requisitoria ai fratelli Casalini, i medesimi dedussero che il denunziante Tagliavanti era un presta-nome di Forlaro—Dissero erronea quella descrizione fatta dallo Eletto — e da diversi documenti esibiti risultare di *essere di loro proprietà il suolo controvertito* — e le cause non potersi riunire per essere fra loro distinte.

Il Consiglio d'Intendenza di Terra d'Otranto osservò che per la economia del giudizio conveniva riunire le due cause—Rigettò la domanda avvanzata dal Sig. Forlaro, ed ordinò eseguirsi le comunicazioni a norma del rito.

Avverso tale decisione i fratelli Casalini produssero *reclamo nella G. C. de' conti* pe' seguenti motivi

1.° esser nulli i procedimenti di ambo le cause, giacchè il Consiglio avea ritenuto come *giudizî di contravvenzione* quelli in esame, credendo essersi occupato *pubblico suolo*, nell'atto che i diversi documenti esibiti *dimostravano la privata proprietà de' luoghi controvertiti*

2.° doversi prima assodare *la natura del suolo*, per indi vedere se vi era luogo a procedimento innanzi ai giudici del *Contenzioso amministrativo*

3.° non potersi riunire le cause, per essere tra loro distinte

4.° e da' titoli esibiti sorger la incompetenza del Consiglio d' Intendenza.

Ordinanza di comunicazione della G. C. de'conti, e richiamo degli atti.

Tre interventi in causa—il 1.° del Comune di Francavilla (1 agosto 1837)—il 2.° del Comune di Ceglie (9 settembre 1837)—il 3.° di D. Gaetano Allegretti cittadino di Ceglie (14 novembre 1837.)

Difese per parte di Forlaro.

Difese per parte di Casalini.

La G. C. de'conti nella Camera del Contenzioso Amministrativo ha elevato la seguente quistione:

È o pur nò *ammissibile il reclamo* prodotto dai fratelli Casalini avverso la decisione del Consiglio d' Intendenza di terra d' Otranto de' 17 settembre 1836?

Considerando che per potersi risolvere una tale quistione fa di mestieri *definire* di qual natura sia la decisione del Consiglio d' Intendenza che è stata col reclamo impugnata—La legge del 25 marzo 1817 sulla procedura del Contenzioso Amministrativo definisce le *diverse specie di decisioni* che vengono dai Consigli d' Intendenza pronunziate, e quali possono col reclamo impugnarsi nella Camera del Contenzioso di questa G. C.— Ed in quanto alle decisioni *diffinitive* possono per tali riputarsi tutte quelle le quali *definiscono oggettò del contendere*—Di tal natura non può certamente ripu-

tarsi la decisione pronunziata dal Consiglio d' Intendenza di Terra d' Otranto a 17 di settembre 1836, dapoichè la quistione sottoposta al suo esame consisteva nel definire *la natura del suolo* che si voleva dai fratelli Casalini occupato—Una tale *definizione* in essa punto non si scorge, e perciò *non può ritenersi al certo per diffinitiva*.

Considerando che l' art. 228 della enunciata legge definisce quali sieno le sentenze *interlocutorie*, e dice esser quelle con le quali il Consiglio *prima di giudicare diffinitivamente* ordina una *pruova*, una *verifica*, o una *instruzione* che sia *pregiudiziale al merito*—La decisione impugnata non ha in modo alcuno *pregiudicato il merito* della controversia, poichè non ha fatto altro se non che *riunire le due cause*, onde pronunziare una sola decisione—Per conseguenza la impugnata decisione non ha in modo alcuno l' aspetto di una *interlocutoria*.

Considerando che alla terza classe deesi annoverare la decisione anzidetta, cioè a quelle *preparatorie*, e ciò per la definizione dell' art. 227 della legge medesima — Ivi è detto che le preparatorie sono quelle che riguardano *la instruzione soltanto della causa*, e che tendono a *mettere il processo in istato di essere diffinitivamente giudicato*—Tale è appunto la decisione impugnata, dapoichè il Consiglio ordinò che si fossero prese delle convenienti dilucidazioni sulla denunzia avvanzata da Tagliavanti per la voluta usurpazione fatta dalla famiglia Casalini del tratturo de' Cegliesi—E siccome tali dilucidazioni poteano servir di norma all' altro giudi-

zio sulla denuncia di Forlaro per l'altra voluta usurpazione nella contrada detta de' Grani, perciò stabilì la *riunione delle due cause*—La sola parte diffinitiva che conteneva la decisione impugnata si fu il rigetto dell' ultima domanda di Forlaro, e di ciò non vi è reclamo.

Considerando che l'art. 225 della stessa legge ha stabilito che l' appello da una decisione *preparatoria* non può esser prodotto se non *dopo la diffinitiva;* e quindi, se la impugnata decisione è una mera preparatoria, il reclamo per conseguenza deve essere riputato *inammisibile*—Convien dunque che la decisione sia per ora *confermata*, e siccome i diritti delle parti non sono stati ancora posti in chiaro, così è giusto che non rimangan per nulla pregiudicate *tutte le ragioni delle parti medesime di qualunque natura esse sieno*, onde possan queste esser esaminate allorquando avrà luogo la decisione diffinitiva della causa.

Uniformemente alle conclusioni del P. M.

La G. C. de' conti

è di avviso

« dichiarararsi inammisibile il reclamo prodotto da'fratelli Casalini avverso la decisione del Consiglio d' Intendenza di Lecce del 17 di settembre 1836, e confermarsi la medesima, salvo alle parti tutte le di loro ragioni come per legge »—Pubblicato nel dì 1 dicembre 1837—Sanzionato con *Real Rescritto del* 18 *luglio* 1838.

N.° 543.

Sigilli — Opposizione — Inalienabilità — Notificazione — Eredi

(v. n. 105)

Quando si fa opposizione alla rimozione di sigilli, uopo è distinguere se avean que' sigilli di mira la conservazione di *un credito contra il defunto* — o se avean di mira la conservazione di un credito contra *un di coloro che abbian diritto* alla eredità.

La Cassazione di Parigi in un recente arresto ha ritenuto che « nel primo di questi due casi alcuna parte della eredità *non possa esser alienata*, e che per conseguenza alcuna divisione non possa aver luogo in pregiudizio della opposizione ».

» Che nel secondo caso la opposizione non colpisca se non *la porzione* di quell' avente diritto — a lui solo interdica di disporre della *propria quota* fino a che i diritti che l' opponente reclama non sieno giudicati ».

La Cassazione ha soggiunto « che alcuna disposizione della legge non esiga che la opposizione a sigilli sia notificata a' coeredi (art. 926 c. d. p. c. articolo 1003 l. d. p. c.) — Costoro non possono ignorarne la esistenza dal momento in cui è inscritta la opposizione sul *processo verbale* di apposizione di sigilli, ovvero è notificata al Cancelliere del

giudicato di pace — Da quel momento essi *non possono fare alcun atto* in pregiudizio de'diritti dell'opponente » — Cassazione di Parigi 2 *luglio* 1838 causa *Polier* de la *Bertheliere*, ed eredità de *Lenguy*.

N.° 543.

Testamento—Legato—Condizione—Decadenza—Matrimonio

Un testamento olografo del 1832 conteneva il legato di usufrutto di tutti i beni che la donna lasciava al pro di suo marito — Una condizione però a questo legato di usufrutto leggeasi imposta, *purchè il vedovo non si rimaritasse con la tale donzella*, *nè coabitasse in qualunque modo con essa* — la condizione era scritta col rigore di una donna gelosa di suo marito — La decadenza immediata dall' usufrutto era voluta nel caso d' inadempimento alla condizione.

Morta la donna, il vedovo si rimarita, ed impalma in seconde nozze *quella donzella* — sorge contesa per gli effetti della condizione, e per la decadenza dal legato che si sostiene derivarne.

E da una banda la *efficacia* della condizione sostiensi, non essendo essa nè *impossibile* nè contraria alle *leggi* ed a'*costumi;* onde ben la testatrice avea potuto imporla per le conoscenze che avea della intimità esistita fra 'l consorte suo e la donzella.

D'altra banda la *inefficacia* della condizione sostiensi, allegando — 1. che il vedovo avea ritenuto essere dell'onor suo il dovere di riparar qualche torto, sposando quella donna — 2. che la testatrice come avrebbe potuto, vivendo, perdonare le imprudenze di suo marito non querelandosi d'infedeltà di lui, cosí avea potuto non volere che la donna, la quale avea diviso i torti del marito, venisse a rimaner priva delle largizioni che essa volea fare al consorte.

Il tribunale di Sables-d'Olonne pronunzia così « alcuna legge non autorizzando a dichiarar questa clausula come *non scritta*, essa ricever dee la sua piena ed intiera esecuzione — La testatrice ha potuto imporre a suo marito l'obbligo di non impalmar *la tale* — Ciò a lui non impediva di maritarsi con *qualunque altra* donna — . . . . . . La clausula di rivocazione dell'usufrutto si trova compiuta, e si trovan le cose rimesse nello stato così come se le disposizioni testamentarie *non fossero state scritte* . . . . . — Il tribunale dichiara *decaduto* dal beneficio del legato . . . . . . ec. »

Appello — La Corte Reale di *Poitiers* 2. cam. *adotta* i motivi de' primi giudici — 14 giugno 1838 causa *Porchier*.

N.° 544.

Copia — Estratta — Exhibenti restituta — Originale

Conoscea l' antico foro il sistema di *produrre ducumenti* allo scrivano, esibirgliene una copia, e su questa far notare così —« *Extracta est praesens copia a suo originali mihi exhibito*, *et exhibenti restituto*; et facta collatione concordat » — poscia ritirar l' originale, e lasciare nel processo *la copia* estratta con quella formola.

Quando le nuove leggi a noi vennero (articolo 1335 c. c. 1289 l. c.) siffatte copie valsero appena come *indizî*; e 'l canone dell' antica legislazione *referens sine relato non probat*, che veniva dalla *l. fin. de probat.*, e dalla novella di Giustiniano, fu riprodotto nella più rigorosa sua forza (1337 c. c. 1291 l. c.)— che se taluno « in aliquo documento *alterius faciat mentionem documenti* » così dicea la novella « *nullam ex hac* memoria *fieri exactionem*, *nisi* aliud *documentum*, *cujus memoria in secundo facta est proferatur* » (nov. 119 cap. 3).

In un recente arresto della Corte suprema di giustizia di Napoli si censura una decisione che avea prestato fede ad un documento con la estratta portante la frase *mihi exhibita et exhibenti restituta*, ed all' art. 1289 § 4 *si appoggia* il princi-

pio « che siffatta specie di copie appena posson » valere per semplici indizî »— Corte suprema di Napoli 3 aprile 1838—(causa *Atri*, *Colonna*, *ed Andretti*.

N.° 545.

Graduatoria—Ordine—Interessi moratorî

(v. n. 298, 308, 225, 498)

Se a' creditori utilmente graduati sien dovuti gl' interessi così detti *moratorî* decorsi nello intervallo tra *la nota* di graduazione ed il *verbale* di chiusura, discettavasi—La suprema Corte stabilì per l'affermativa la teorica — Tra più recenti arresti è quello del 26 settembre 1835 nella causa Consiglio e Donadei Dragonetti — e la massima fu riprodotta nello arresto per la collocazione di Cabritto del 12 dicembre 1835.

Nondimeno nella graduatoria *Collepietra* la G. C. rifiutò di accordare gl' interessi moratorî di cui parliamo a' creditori utilmente graduati nel rango rispettivo, presa ragione dall'art. 2045 l. c., 182 e 190 l. sulla esprop., ritenendo che le *accessioni* sien destinate ad aumentare la *massa* dopo che è stata stabilita diffinitivamente la nota de' gradi, e quindi le accessioni decorse in pendenza delle opposizioni alla nota sino alla chiusura diffinitiva del verbale di graduazione, si dovessero riguardare come un peculio *della massa*, e distribuir si dovessero a' termini dell' art. 190.

La suprema Corte ha pronunziato così

» osserva che a tale modo, volendo evitare un creduto assurdo, ne hanno creato de' veri i quali si presentano più importanti e più sussistenti

» che, astrazione fatta da' sani principî i quali non tolerano che i ritardi giudiziarî restino a carico de' creditori *capienti*, è veramente un assurdo che i creditori non capienti nel punto della pubblicazione della nota profittino degl' indugî cagionati dallo sperimento de' gravami, per ottenere alcuna capienza sul posteriore aumento della massa, che riviene da frutti ed interessi decorsi nello intervallo, i quali avrebbero dovuto appartenere a' *creditori capienti*

» e che per altro lato appare ancor più grave l' assurdo di lasciare in sofferenza i creditori capienti, a favor de' quali son decorsi senza dubbio gl' interessi *moratorî*, rimanendone per l' ordinario in perdita, attesa la deficienza del debitore

» osserva infine che, quando pur si presentasse materia a discettazione, ogni dubbio sarebbe rimosso dall' art. 203 di detta legge

» che in esso si vede diffinito testualmente di esser dato al debitore ed al *creditore*, che per avventura restasse scoverto, di ricorrere contra coloro che resteranno succumbenti nelle opposizioni per *tutti* gl' interessi decorsi nel tempo del giudizio di opposizione alla nota

» e che nel divisato arresto di questa suprema Corte del 26 di settembre 1835 in risultamento del citato articolo 203, fu ritenuto che se la legge avesse

inteso di negare il grado ipotecario agl' interessi decorsi dopo la nota, avrebbe acccordato il regresso, non al creditore che rimane scoverto, sibbene a' rispettivi creditori utilmente graduati i quali soli verrebbero a risentirne il danno ».

Ritiene perciò la suprema Corte « che la decisione impugnata avesse violato gl' art. 168, 202, 203, ed erroneamente applicati gli articoli 182 190 detta legge, non che il citato articolo 2045 leggi civili — Corte suprema di giustizia di Napoli 8 febbrajo 1838 — (causa *Serena*, e *Pignatelli*).

N. 546.

Giurisdizione—Competenza—Domanda—Giudice traslocato—Sentenza—Nullità

(v. n. 90, 105, 282, 452)

La giurisdizione da Cujacio e da Pothier definivasi « *notio jure magistratus competens* » (v. Pothier *pand. just.* 2 1 *art.* 1) e da Merlin si definisce *pouvoir de celui qui a droit de juger* (rep. univ.)

Oldendorpio scrivea così « *jurisdictionem Accursius definit potestatem de publico introductam cum necessitate juris dicendi et aequitatis statuendae* » e soggiungea « *quae definitio satis est bona si quis recte intelligat* » — (*Figul. lexic. juris ex Oldendorp.*)

Calvino rapporta la opinione di Accursio come uniforme a quella di Bartolo, e l'analizza—poscia fra le tante definizioni dà la seguente — « *facultas atque potestas juris dicendi* — *nam jus dicere est praeesse juri dicendo, et legibus gubernare; ac justitiam ministrare* » —(v. Kall lex. jur.).

Il chiarissimo *Liberatore* nella sua famigerata ed utilissima opera « Dizionario legale » scrive così al motto *Giurisdizione*.

» Potestà introdotta per pubblica autorità ad oggetto di rendere altrui ragione, e stabilire quello che è uniforme alla legge o alla equità — presa nel senso più rigoroso esprime tra noi il diritto, ossia la facoltà che i giudici hanno di applicare le leggi a' fatti per mezzo de'giudicati (*de Thom.*)—Non è men vero però che la stessa voce è sovente impiegata ad esprimere altresì il potere di un funzionario qualsia, e la sfera del di lui potere, comunque non appartenga all'ordine giudiziario: ma questo non è che una estensione del primitivo significato della voce giuridizione — È l'esercizio delle attribuzioni delle autorità alle quali essa è deputata ». (rinv. a *Vico* dè uno univ. jur. princ.)

» Quindi si distingue la giurisdizione in *propria* che procede con le forme regolari ordinarie sino alla esecuzione, o *delegata* che procede con forme particolari o straordinarie, e giurisdizione *volontaria*, o contenziosa ec. ».

» Ora gli elementi della giurisdizione diventati semplicissimi sono *cognizione*, *pronunziazione*, *esecuzione* . . . art. 1951. org. 29 maggio 1817 » —(v. Liberatore Dizionario legale).

Fra canoni della romana sapienza in materia di giuridizione splendeano i seguenti

1. *quoties de quantitate ad jurisdictionem pertinente quaeritur; semper quantum petatur quaerendum est, non quantum debeatur* (l. 19 § 1 de reg. jur.) — Questo canone è riprodotto nell' art. 100 delle vigenti leggi di procedura civile

2. *si idem cum eodem pluribus actionibus agat, quarum singularum quantitas intra jurisdictiones judicaretis, sit, coacervatio vero omnium excedat modum jurisdictionis ejus; apud eum agi posse Sabino, Cassio, Proculo placuit—Quae sententia rescripto Imperatoris Antonini confirmata est* (l. 11 de jurisd.)—Presso noi vedete l' art. 99, n. 3. l. d. p. c. che si riferisce al caso non di *separate domande* « *pluribus actionibus agat* », ma al caso di *unico libello* che le domande riunisca — e v. l' art. 1300 l. c. che obbliga all' *unico libello* quando *manchi la pruova scritta*, e si ricorra alla pruova per testimoni

3. *si una actio communis sit plurium personarum, veluti familiae erciscundae, communi dividendo, finium regundorum: utrum singulae partes spectandae sunt circa jurisdictionem ejus qui cognoscit (quod Ofilio, et Proculo placet, quia unusquisque de parte sua litigat) — an potius tota res, quia et tota res in judicium venit, et vel uni adjudicari potest quod et Cassio et Pegaso placet — et sane eorum sententia probabilis est* (l. 11. de jurisd.) — Pothier spiega questa legge così « *et proinde eo casu, si quantitas tota excedat jurisdictionem Magistratus, apud eum agi non poterit*,

quia quantitas illa una actione continetur — secus in specie praecedenti in qua plures sunt actiones (Pothier pand. just. 2. 1. 6. in nota num. 4.)

4. *extra territorium jus dicenti impune non paretur* — (l. 20 de jurisd.)

5. *idem est si supra jurisdictionem suam velit jus dicere* (cit. l. 20.)

6. *qui non cogitur in aliquo loco judicium pati; si ipse ibi agat, cogitur excipere actiones, et ad eundem judicem mitti* (l. 22 de judic.—v. per analogia la legge 14 cod. de sent. et interloc.)

7. *si se subjiciant aliqui jurisdictioni, et consentiant; inter consentientes, cujusvis judicis qui tribunali praeest, vel aliam jurisdictionem habet, est jurisdictio* (l. 1., et seq. de judic. ec.—v. per anal. la l. 28 ad municip., e le leggi 15, 18, e 33, de jurisd.)

8. *privatorum consensus judicem non facit eum qui nulli praeest judicio; nec quod is statuit rei judicatae continet auctoritatem* (*l. 3 cod. de jurisd. omn. jud.*)—Regola alla quale fà eccezione il caso del compromesso — *qui neque jurisdictioni praeest, neque a principe potestate aliqua praeditus est, neque ab eo, qui jus dandorum judicium habet datus est, nec ex compromisso sumptus*, vel lege aliqua confirmatus est, judex esse non potuit—(l. 3 de judic.)

9. *non quidem competens fuit judex Procurator noster* in lite privatorum: *sed cum ipsi eum judicem elegeritis, et is consentientibus adversariis sententiam tulerit, intelligitis vos acquiescere debere rei ex consensu vestro judicatae: cum et Procura-*

tor judicandi potestatem inter certas habeat personas; et vos incongruum eum esse vobis judicem scientes, tamen audientiam ejus elegistis — quod et in aliis similibus judicibus, tam in actionem proponentis, quam in exceptionem opponentis persona locum habebit (l. 1 cod. de jurisd. omn. judic.)

10. *ubi acceptum est semel judicium, ibi et finem accipere debet* (l. 30 de jud., e v. art. 265. *l. d. p. c.*)

L'applicazione del primo fra' canoni testè rapportati può iscorgersi nello arresto seguente:

Agivasi innanzi al Giudice Regio di circondario *per lo pagamento di duc.* 18 *promessi* ad un tale, a titolo di compenso per avere assistito in una perizia per quistione di confini — Incompetenza vien opposta da'convenuti, poichè trattandosi di *compenso di fatiche* la causa divien d'incerto valore.

Sentenza che rigetta la eccezione d'incompetenza, ed ordina che l'attore dia giuramento decisorio sul contenuto nella dimanda.

Appello de' convenuti per la incompetenza e pel merito.

Difese dello attore principale, appellato. — egli deduce la inammissibilità dello appello, trattandosi di somma minore di duc. 20.

Sentenza del tribunale di Salerno (1 agosto 1836) che rigetta l'appello de' convenuti in quanto *un* incompetenza, e nel merito interlocutoriamente ordina esibirsi un documento.

Sentenza diffinitiva che fà diritto all' appello de' convenuti nel merito — rivoca la sentenza, e rigetta la domanda dello attore (15 feb. 1837).

Ricorso per annullamento motivato sulla *inappellabilità* della sentenza — quindi sulla violazione dell' art. 120 l. d. p. c.

La Corte suprema ragionava così

» considerando che il valore dell'azione è *regolato da quel che si contiene nella domanda* (art. 100 l. d. p. c.)

» che la domanda fu fatta per ducati 18 tassativamente

» che contra la sentenza del giudice Regio del 26 marzo 1836, la quale pronunziò sulla competenza e sul merito, l' appello proposto da' rei convenuti *era ammissibile per la sola dichiarazione di competenza* (pel disposto degli articoli 116, e 518 l. d. p.c.) ma non lo era per le disposizioni date *in merito* (a termini dell' articolo 21 leg. org.)

» che quantunque i mezzi del ricorso per annullamento sien diretti nominativamente contra la seconda sentenza del 15 febbrajo 1837, e non contra la precedente, pure la Corte suprema, la quale può di ufficio elevar nuovi mezzi, a più forte ragione può estendere i motivi dedotti anche alla prima sentenza; perciocchè dessa al pari della seconda *pronunziando nel merito*, ha violato la legge organica che è *di ordine pubblico*, ed ha turbato il sistema delle giurisdizioni—(art. 132 l. o, e 591 proc. civ.)

» annulla le due sentenze del tribunale civile di Salerno del 1 agosto 1836 e 15 febbrajo 1837, ed ordina che quella del regio giudice venga eseguita » — (Corte suprema di giustizia di Napoli 1 di maggio 1838 causa d' *Alliegro* e *Volpe*).

Il quarto de'canoni poco fà rapportati invocavasi

dalla suprema Corte di giustizia, e si applicava al caso di una sentenza che diceasi nullamente resa da un Giudice ch'era stato *già traslocato* da un circondario ad un altro — La Corte suprema esprimea così

» visti gli art. 15 e 21 della l. org. giud.

» vista la *legge* 20 *de jurisdictione*

» attento che i giudici di circondario hanno la conoscenza in ogni materia, meno l'eccezioni portate dal Legislatore — Ma la giuridizione territoriale è *pe 'l tempo fissato dalla legge medesima*

» così è che *spirato il termine*, ove il giudice non si confermi, o venga traslocato ad altro circondario, *cessa in questo caso la giuridizione*, e subentra il giudice nominato a rimpiazziarlo—Ed è sicuro che dopo il rimpiazzo egli rientra nella classe de' privati, relativamente al territorio ove prima esercitava giuridizione.

» Osserva in conseguenza che, traslocato il giudice di Popoli ad altro circondario, e subentrato il di lui successore a' 10 agosto 1834, la sentenza interposta nel dì 14 dello stesso mese dal giudice che prima vi era ad amministrar giustizia, deve aversi come emessa *extra territorium*, ed inefficace.

» Osserva che essendosi nella specie proposta simile eccezione, ove il tribunale senza occuparsene ha dichiarato non arrestarvisi, coll'ordine di eseguirsi la sentenza, ha contravvenuto all'art. 233 leg. di proc.; ha *sconosciuto le regole giurisdizionali*, e *della competenza di simili magistrati*.

» La Corte suprema perciò annulla » — (c. s. di Napoli causa *Solpizio e Salvatori* 25 febbrajo 1837)

Recente arresto della Cassazione di Francia risolve il dubbio se il giudice di *Commercio*, ch'è giudice *biennale*, abbia potuto ben decidere in una causa.

La opinione di Carrè era nel senso d' indagare se il giudice ritenga o no dalla legge la sua missione— Cessato il biennio, il giudice del tribunale di Commercio, *manca di efficacia nel giuramento* il quale fu prestato da lui per lo periodo legale del biennio, non oltre — (v. Carrè *organisation judiciaire* t. 2. n. 430) — La Corte di Angers avea detto che malgrado il decorso biennio, quel giudice pronunziar potesse (17 *agosto* 1833) — La Cassazione ha ritenuto così

» nel fatto sta che il signor Guerin-La-roussardière *non era stato rimpiazzato*, allorchè intervenne alla votazione nella sentenza del 1832

» atteso che il corso della giustizia non può essere interrotto

» atteso che dallo art. 623 cod. di commercio risulta che i giudici de' tribunali di commercio *debbano essere rimpiazzati dopo due anni di esercizio*, ma non risulta che le sentenze, alle quali sieno intervenuti fino al loro rimpiazzamento, *vengano colpite di nullità, sol perchè sieno posteriori allo spirar di due anni*, dallo ingresso nelle loro funzioni

» che perciò l' arresto non ha violato nè l'art. 623, nè l' art. 626 cod. di commercio

» rigetta il motivo»—(causa *Cesbron*, e fallita *Cesbron* 13 giugno 1838)

N.° 547.

Possesso—Pruova—Demani—Esazione di rendite

Il Decreto del dì 30 gennajo 1817 tiene una grave disposizione nello art. 57 ch'è interessante quì rapportare.

In mancanza di titoli espressi il *possesso* in cui il Demanio, o i di lui autori trovavansi nell'anno 1806 di esiger le rendite— « e (*sic*) la pruova della esazione effettuita dopo l'anno 1806, varrà per titolo » — salvo al debitore ogni eccezione diretta a provare la inesistenza, o l'annullamento del medesimo.

Art. 58. In mancanza di titoli espressi come sopra, il direttore de' Demanî enuncierà detto possesso, ed i fatti o documenti, da' quali egli lo ha rilevato ».

Era il 27 luglio 1818 quando fu corretta la parola *e* in *o* dell'art. 57, e'l senso fu rettificato così— che *o* la pruova del possesso del monastero nel 1806, *o* la pruova della esazione dopo il 1806, equivalessero a *titolo*, e che la inesistenza o l'annullamento del titolo fossero una circostanza di cui *la pruova* fosse a carico di colui *che nega*—(Decr. 27 luglio 1818 collez. pag. 28, 29 e seg.)

N.° 548.

Colonia perpetua-Feudalità-Presunzioni

(v. n. 318)

Le terre che diceansi costituir *colonie perpetue* si vedeano annoverate nel *catasto* del 1753 sotto il nome del feudatario—Nel nuovo censo fondiario così vedeansi del pari, *lungi dallo essere sotto il nome de' voluti coloni* — Invocavasi la prammatica 4 de forma censuali, ed efimera sosteneasi la pretesa qualità di *coloni perpetui*.

Pure un giudicato *in pcssessorio* escluso avea prime domande dirette a sfrattare i coltivatori che l' exfeudatario dicea *conduttori*, e che diceansi *censuari* — Ma, dopo quel giudicato in possessorio, la causa in nuovo aspetto volgeasi — era *petitoria* la contesa — il tribunale pronunziò appello.

Una decisione della G. C. civ. di Aquila ordinò prima la instruzione per inscritto, per definire se fossero o no *coloni perpetui* que' coltivatori — la superficie in esame era di 82 tomoli di terra, e la prestazione di 114 tomoli annui di grano su di essa era costante ed antica; ma o che estaglio dovesse intendersi, o che annuo canone, o che di altro nome, ciò costituiva la disamina sugli elementi raccolti per l' una e per l' altra parte che vedeansi in quella instruzione.

La G. C. ritenne come *una frazione de' cespiti feudali* quella terra di cui contendeasi — la ritenne come una così detta *scadenza* o *tenasia* che po-

tesse andar conceduta senza pena di quella nullità che sorgea dalla legge di Federico « *constitutionem divae memoriae* », poichè solean concessioni di tal sorta accordarsi da' Baroni col *placet* sopra domande de' coloni *per libellum et praeces*, anche senza scrittura—(rinviò alla costituzione *Consuetudinem pravam*).

Ritenne che i feudi valutandosi in modo di *possessioni universali*, tutte le *prestazioni* esigeano i feudatarî nella qualità di *feudali*, a meno che *il Barone non avesse dimostrato il contrario*—Ritenne che quando le leggi eversive della feudalità andarono ad applicarsi, *le prestazioni* di cui trattavasi furon presunte *feudali* quando ne mancasse il titolo, e ne concorresse il possedimento —(rinv. al decr. 17 gennajo 1810.)

Dichiarò *inamovibili* e *perpetui* i coloni, sotto l'annua prestazione di tomoli 114 di grano.

Interposto ricorso, la suprema ha cassato la decisione, ed ha detto inapplicabili il decreto 17 gennaio 1810, non che le due leggi mentovate dalla G. C. civile

1. perchè non potesse tenersi conto del giudicato in possessorio e farne derivar nella sede del giudizio petitorio alcun elemento a convincersi per la qualità di *colonia perpetua*

2. perchè dovesse tenersi conto della qualità *burgensatica* tratta dal catasto e dallo esser in quello non i coloni, ma il Barone inscritto per le terre in quistione

3. perchè a' *latifondi di ottima qualità* non fosse applicabile la regola di *tolerarsi* (malgrado la ina-

lienabilità delle terre del feudo) le concessioni *a colonìa di terreno sterile e di piccolo momento* affin di migliorarlo—v. l'arresto del 3 aprile 1838—Corte suprema di Napoli causa *Colonna* ed *Andretti.*

N.° 549.

Graduatoria—Creditori—Prelazione-Separazione di patrimonio ex Edicto Praetoris—ex Inventario—ex Jure hypothecae—Ipotecari—Chirografari—Quinquennio—Prescrizione—Eredità antica—Inscrizione non necessaria

La separazione di patrimonî fu introdotta contra i principî *stricti juris*, poichè l' erede facendo *suoi* i beni del defunto, ne derivava a stretto rigor di legge che i creditori suoi avessero in tali beni egual diritto, come i creditori del defunto — Il Pretore per equità solea *causa cognita* a'creditori del defunto concedere « *ut separatim quantum cujusque, creditoribus praestetur* » — (l. 1. § 1. de separat.)— Per l' opposto i creditori dello erede non otteneano separazione, perchè « *licet alicui adjiciendo sibi creditorem, creditoris sui facere deteriorem conditionem* » —Colui che adì la eredità del mio debitore non potè far *deteriore* la condizione mia, ma potè elu-

dere i creditori *suoi*, assumendo una eredità oberata « *quae solvendo non est ; nec potuerunt creditores ejus separationem impetrare* » — (l. 1. § 2. de separ.)—Fu canone perciò dell'antica legge applicabile al caso di una eredità che avesse fatto varî passaggi « *si primus secundum heredem scripserit, secundus tertium, et tertii bona vaeneant, qui creditores possint separationem impetrare?— Et putem si primi quidem creditores petant, utique audiendos; et adversus secundi, et adversus tertii creditores— si vero secundi creditores petant, adversus tertii utique eos impetrare posse; adversus primi autem non posse* » (l. 1. § 8. de separat.)

Eccezione a questa regola si facea in pochissimi casi, come in quello dello erede necessario (servo reso libero) — (l. 1. § de separat.), dello erede costretto ad adire e restituire la eredità sospetta, che poi non trovasse a chi restituire—« *Ut perinde testatoris bona vaenirent atque si adita hereditas non posset — Creditoribus quoque hujusmodi heredis desiderantibus, hoc idem praestandum . . . . ut quasi separatio quaedam praestetur* »—(l. 1. § 6.) — Altro caso di eccezione era quello dello erede, che a dispetto de'suoi creditori, involgeasi nella fallita eredità—Un estraordinario soccorso del Pretore avrebbe potuto « adversus calliditatem ejus subvenire » — Pur nondimeno era ciò di raro esempio: *quod non facile admissum est* (l. 1. § 1.)

A prescindere da questa separazione che avea luogo quando trattavasi di eredità, si conoscea separazione mentre l'uomo era vivo, *tra beni e beni di lui stesso*—Così abbiamo di Ulpiano il caso di

quel figlio di famiglia che avea taluni beni di castrense peculio—Contendeasi fra'creditori che diceano aver diritto speciale su questo peculio castrense, e gli altri creditori *di lui stesso* — Il giureconsulto risponde per modo di regola « *simul admittentur*»—Ma per modo di eccezione « *si qui cum eo contraxerunt antequam militaret*, *fortasse debeant separari*. . . . *ergo qui ante contraxerunt*, *si bona castrensia distruhantur*, *non possunt venire cum castrensibus creditoribus* » — (l. 1. § 9.)

Notevole è pure il caso di un creditore del defunto addivenuto poscia *erede in parte* di colui— Dubitavasi del se a lui competesse la separazione de' beni del defunto avverso i creditori de' proprî coeredi — Gl'Imperatori risposero— « *sive autem coheredes solvendo non sint*, *separatione postulata nullum ei damnum fieri patiatur* »—(l. 7 cod. de bonis auct. jud. poss.)—Legge, la quale va intesa in tale senso, che questo erede confonda per quanta è la parte sua nella eredità, la parte del suo credito, ma che serbi in quanto alle altre parti del suo credito tutta la ragion di chiedere contra i coeredi per le porzioni che rispettivamente essi hanno avuto nella debitrice eredità.

Il debitore divenne erede del fidejussore—fu confusa, e perciò estinta, la obbligazione derivante dalla fidejussione—Egli tenev'altri debiti suoi oltre quello per lo quale il fidejussore impegnato avea la garentia—Fu dubitato se quel creditore che tenea l'obbligo del defunto fidejussore, potesse impetrar separazione contra i creditori proprî dello erede— e Papiniano rispose di sì — (*l.* 3. *de separat.*)

Ed i legatarî del defunto venivan dopo de' creditori di lui, prima de' creditori dello erede, e prima de' legatarî dello erede medesimo « *prius legatum, quasi aes alienum exigatur; legatum autem a mortuo relictum, post debiti retractionem inducatur* » — (l. 1. de bonis auct. jud. — v. l. 4. § 1. e l. 6. de separat. — l. 40. de obl. et act. —, e ved. *Pothier* pand. just. 42. 6. art. 1. e 2.)

Queste son le principali idee che traggonsi dallo antico diritto Romano antigiustinianeo — L'Imperatore nella famosa legge *scimus cod. de jur. deliber.*, abilitò l'erede ad esser tale *senza confondere* i beni suoi con que' del defunto; ed allora due specie di separazioni di patrimonî furon riconosciute.

La prima era quella che il Pretore accordava al creditore del defunto che la implorasse ne' termini della legge 1.ª de *separationibus*.

La seconda era quella che Giustiniano introdusse per ministero solo del diritto, semprechè la eredità debitrice venisse adita col beneficio dell'inventario (*l. scimus cod. de jur. delib.*)

Questa distinzione è necessaria, poichè nell' antica scuola non mancavano dottori che diceano inamissibile una domanda di separazione sul motivo solo di *mancar lo inventario* — Ma Fabro ridea dirimpetto a costoro — ed è grave la di lui opinione. « *Quod si nullum factum sit inventarium, fit quaedam confusio patrimoniorum — sed non impedit ea res quo minus Edictum de separationibus locum habere debeat — Quin potius confusionem illam fieri necesse est, ut separationi locus esse possit — Vidi ego, et nudis dentibus risi, aliquando ex pragma-*

ticis plerosque abutentes in contrariam sententiam, eo quod scriptum est (*in l.* 1 § *propterea sciendum dig. de separationibus*) *postquam bona hereditaria bonis heredis mixta sunt, non posse impetrari separationem; ideo quod, confusis et unitis bonis, separatio fieri nequeat: Quasi vero tractet Ulpianus eo loco de confusione quae fit sola juris potestate per aditionem hereditatis, ac non potius de* vera et reali mixtione corporum *in hereditate repertorum, cum corporibus bonorum heredis — utpote si frumenta defuncti mixta sint cum frumentis heredis, aut nummis, aut quid aliud simile ex earum rerum numero, quarum dominium confusione amittitur* — (l. adeo quidem 7 § voluntas dig. de acq. rer. dom. — § si quorum inst. de rer. divis.)—*Idque ostendunt verba illa Ulpiani: quid ergo si praedia extent, vel mancipia, vel pecora, vel aliud quod separari potest? — Item quae sequuntur, nisi ita conjunctae sint possessiones et permixtae propriis, ut impossibilem separationem effecerint* — Igitur nullo facto inventario separatio fieri patescit, *si ab hereditariis creditoribus postuletur — Nihil enim hoc casu a Justiniano innovatum esse, nec alii quam sibi suisve propriis creditoribus nocere potest heres qui despicit beneficium inventarii; sicut e contrario agnitum illud beneficium non prodest alii quam heredi, nisi quod consequenter per heredis personam prodest etiam ipsius creditoribus, non ut deteriorem causam faciant creditorum hereditariorum, sed ut fruantur ipsi commodo separationis heredi datae quam alioquin proprio jure ex Edicto Praetoris petere et impetrare non potuissent, ne per con-*

cursum creditorum defuncti difficiliorem jurium suorum persecutionem experiantur » — (Fabr. de erroribus pragmaticorum decade 2 § 2).

Anzi dalla sola qualità di *creditore ipotecario* sorgeva un diritto di *preferenza*, il quale inducea pari effetto che la *separazione* di patrimonî — Fra le antiche decisioni del S. R. C. si tenea salda questa massima, da' forensi ripetuta, che la *ipoteca* operasse gli stessi effetti della separazione de' patrimonî, in quanto a ciò che i creditori del defunto *ipotecarî* fossero *preferiti*, *abbenchè posteriori* a' creditori dello erede, quantunque *anteriori* « *creditores defuncti si habent hypothecam, non egent auxilio separationis bonorum; nam hypotheca habet eundem effectum quem separatio* » — (De Franchis decis. 246 n. 6 — ivi de Luca rinvia a Tesauro, a Merlino, ad Altogrado, ec.).

Voet così avea scritto — « *hypothecariis tamen creditoribus necessaria non videtur separationis impetratio, cum sufficientem ex jure hypothecae in rebus sibi obligatis praelationem habeant* » — rinviava a Sandè dec. 3 12 defin. 17 — (v. Voet com. ad pand. lib. 42 tit. 6 n. 2 — ved. Pothier pand. just. ad tit. de separat.)

E presso il novello foro, dubitandosi un tempo del se il *quinquennio* operasse prescrizione del diritto a domandar la separazione, quando il creditore del defunto fosse *provveduto d' ipoteca*, la Corte suprema di giustizia in arresto del 26 settembre 1822 causa *Farina*, rispose così

» . . . . . mal'a proposito la G. C. civile con la decisione del 5 di settembre 1821 ha adattato ai

creditori *ipotecarî* le teoriche della separazione de patrimonî, . . . ed ha creduto *che la loro ragione* si fosse *prescritta* con l'elasso del *quinquennio*— Il beneficio della separazione di cui si parla nelle pandette di Giustiniano al tit. 6 del libro 42, e negli art. 798 e seg. leg. civ., è scritto unicamente pe' creditori *chirografarî* — I creditori *ipotecarî* non hanno bisogno di *ricorrere* per conservare il loro rango; perchè i beni del defunto una volta loro obbligati passano *allo erede* con l'affezione della *ipoteca già contratta* — Nè questa ipoteca che importa un *diritto stabilito sulla cosa*, può cancellarsi da' beni del defunto, o in modo alcuno può essere pregiudicata da' creditori dello erede — Sarà solamente quistione a vedere se *i creditori l'abbiano conservata o pur nò*, a' termini della legge ».

(Vedi su tal proposito Merlin question *separation* des patrimoines § 2—id. repert. *separation* des patrimoines § 3.)

Invero dubitavasi del se questo diritto dovesse o nò conservarsi con una *inscrizione*, allorchè il regime ipotecario fu introdotto — Ed in Francia da principio le Corti credeano che l'art. 2111 cod. civ. (conc. art. 1997 l. c.) il quale prescrive per la conservazione del diritto a separar patrimonî *il dovere di inscrivere fra sei mesi dal giorno dell'aperta successione*, colpir dovesse eziandio crediti contra eredità sotto l'antica legge deferita—Così la Corte di Nimes il 28 marzo 1806 nella causa *Décombe* (Sirey 7 2 1197), la Corte di Toulouse a 12 gennaio 1807 nella causa *Praignant* (Sirey 7 2 280)

e la Corte di Rouen nella causa *Leroux* 23 agosto 1809 (Sirey 10 2 89).

Ma dal 1810 le Corti di Francia opinarono che l'articolo non fosse applicabile alle successioni aperte anteriormente — Così la Corte di Torino nella causa *Piazza* contra *Fea* 7 marzo 1810 (Sirey 10 2 344), e la Corte di Limoges nella causa *Parent* contra *Nodilhé*, causa che passata alle cure della Cassazione di Francia il dì 8 maggio 1811, fissò la giurisprudenza per la *non necessaria inscrizione*, *quando si trattasse di eredità aperte priachè le nuove leggi imperassero* (Sirey 11 1 173—e v. per anal. Sirey cod. annotato sull' art. 2 n. 28, e la decisione della Corte Reale di Torino del 2 ottobre 1811 causa *Ferrera*, rapportata nelle annotazioni all'articolo 2146 n. 22).

Quando sulle prime anche nel foro nostro di ciò faceasi contesa, noi ebbimo a sostener nella G. C. civile di Napoli la soluzione di siffatto dubbio nella graduatoria di *Scalea* — Dicemmo allora che fra gl' immobili spropriati, uno 120 anni prima appartenuto fosse ad un'Anna Beatrice Carafa, e che quella con *praeferatur* ottenuto avesse danari a prestito dall' autore del nostro cliente — Che fin quando gli arrendamenti stettero, i successori del creditore provveduti di assegnamento sconobbero i discendenti dalla debitrice ed i passaggi dello immobile da Carafa a *Scalea*, e perciò non inscrissero — Ma che, abolito l' assegnamento sull' arrendamento, videro identico l' immobile spropriato in danno di *Scalea* esser quello che agli antenati era stato sot-

tomesso ad ipoteca, e che erasi migliorato col danaio dato col *praeferatur* — Invocammo la teorica » *donec mancipia extent quae adhuc discerni possint* » — E come inscritto non era stato il credito, fecimo nel tempo della graduatoria inscriverlo contra quella *Carafa*, sostenendo la tesi seguente:

» *Ultimo nella serie del primo debitore*, è sempre il creditor del defunto *preferito al primo creditor dello erede*, *nella serie de' creditori di costui* ».

Fu pagato con preferenza *a tutt' i creditori utilmente inscritti di Scalea* il creditore *tardivamente inscritto* che teneva il *praeferatur* fra' creditori di *Carafa*—(G. C. civ. di Napoli graduatoria *Scalea*, credito di *Cammarota* anno 1819).

Poscia leggemmo in un libro pubblicato l'anno 1835 (Breve manuale di varie nozioni giuridiche e dottrinali — dalla Stamperia Filantropica pag. 99) le seguenti notizie

« 1. nella esistenza *dell' inventario de' beni di un defunto*, *i di lui creditori non inscritti* saranno o pur no preferiti a' creditori inscritti *dello erede*? — Il tribunal civile prima camera sulle uniformi conclusioni del Procurator del RE signor Marchese Petroni, la G.C. civ. sulle conclusioni anche uniformi del Procurator Generale sostituto signor Petrucci, hanno giudicato in favor de' creditori del defunto — Agresti vol. 1 pag. 370 ».

« 2. i creditori *del defunto non inscritti utilmente* hanno o pur no diritto di essere preferiti a' creditori inscritti dello erede, unicamente a motivo di essersi formato l' inventario de' beni ereditarj ? —

La Corte ha preferito i creditori dello erede utilmente inscritti in due decisioni; una cioè che si rinviene in Agresti vol. 5 pag. 249, e l'altra nello stesso Agresti vol. 6 pag. 257—Uniforme a queste due ultime decisioni, *oltre allo esservi l'avviso del ripetuto Agresti*, vi sono pure *tre arresti della Corte suprema*, uno tra Spinelli e Caracciolo, l'altro tra Barone, e Miceli, e finalmente il terzo tra Caputo ed Ametrano; arresti che ebbero luogo a 24 luglio 1827, a 18 febbraio, e 4 settembre 1832 ».

Per quanto è però a nostra notizia in un arresto recente la suprema Corte di giustizia ha scritto così

» osserva che l'apertura della successione del Marchese Rota di Colletorto avvenne sotto le antiche leggi — che la eredità di Rota fu all'istante affidata al Magistrato mercè formale deduzione nell'abolito Sacro Consiglio com'era di costume — che in quello stato ebbe luogo un inventario, e per le sue forme ed effetti, non è stata, nè fu mai elevata alcuna contestazione — ond'è che sarebbe vano il ricercare della *separazione privilegiata per beneficio di legge*, esistendo la *separazione di fatto per la non avvenuta confusione*

» osserva, che subordinatamente si sostiene pure dai signori Cianfrone, ed Arpagaus, che avesse dovuto per lo meno cotesto diritto *essere inscritto nella instituzione del regime ipotecario* — che però non inopportunamente si controppone che tal contestazione non è stata proposta dinanzi ai giudici del merito — che i primi giudici aveano ammessa

la separazione, e mancò chi ne avesse appellato — che li detti signori Cianfrone, ed Arpagaus espressero, appellando, il *dovere d' inscrivere i crediti* rispettivi nel termine di favore, non quello *d' iscrivere il diritto alla separazione* — e che ora per la prima volta in questa Corte suprema si vuol estendere il concetto alla inscrizione dipendente dall'articolo 1997 leggi civili, della quale non fu trattato dinanzi ai giudici del merito: *favore non necessario, trattandosi di separazione di fatto, cessando gli effetti dell' adizione* — (Corte suprema di giustizia di Napoli graduatoria di *Collepietra* 8 di febbraio 1838).

N.° 550

Separazione di patrimoni—Novazione—Riconoscimento dello erede per debitore—Interessi pagati dallo erede—Graduatoria—Interessi al rango del capitale tutti—Inscrizione non necessaria—Eccezione alla regola delle tre annate

(v. n. 549)

Resisteva alla domanda di separazione il fatto proprio del creditore, s' egli avesse riconosciuto l'erede per debitore, *novando* l' antico titolo creditorio contro al defunto — « *Illud sciendum est, eos demum creditores posse impetrari separationem, qui* non novandi *animo ab herede stipulati sunt* —*Caeterum*, *si eum* hoc animo *secuti sunt, amiserunt separationis commodum* —*quippe cum secuti sunt nomen heredis*, *nec possunt jam se ab eo separare*, *qui quodammodo eum elegerunt* — *Sed et si usuras ab eo* ea mente, *quasi eum eligendo*, *exegerunt*, *idem erit probandum* »—(l. 1 de separat. § 10).

Nella causa *Grimaud* contra *Clouct* obbiettavasi il

fatto del creditore del *defunto* — si dicea che egli avesse dallo *erede* riscosso i pagamenti delle annualità — voleasi da ciò desumere che la domanda di separazione di patrimonî fosse inammissibile — La dama *Clouet* rispondea, che ricevere annualità dalla mano dello erede fosse tutt' altro dal *fare novazione* — che lo esigere e pagare non altro significasse che la esecuzione data dallo erede al titolo che avea obbligato il defunto — L'arresto risolve il dubbio così

« attesochè *Grimaud* e compagni non hanno fatto novazione al loro titolo con alcun atto — che lungi dallo aver *derogato* al titolo, essi lo hanno *eseguito*, ricevendo dalle mani di Giulio de Fromont figlio, le annualità della rendità nelle scadenze — e che quando i detti *Grimaud* e compagni avessero potuto nella quitanza delle dette annualità considerar Giulio de *Fromont* figlio, costui già *debitore* era divenuto veramente di pieno diritto, e per doppio titolo: per la qualità di *erede puro* e semplice, e per quella di *possessor degli immobili* specialmente obbligati ed ipotecati nella constituzione dell' annua rendita di cui si tratta — Arresto del 1 nevoso anno 13 (Sirey 5 2 611).

Una interessante osservazione in materia di *quantità d' interessi* è pur quì opportuno di rammentare — Nella graduatoria il *creditore del defunto non iscritto* volea la preferenza, e chiedea grave cumulo d' interessi — La collocazione faceasi sul prezzo dell' immobile *ereditario* — La eredità era aperta sotto lo impero delle antiche leggi, e v' era *l' inventario*, sul quale fondavasi la *separazione*

La ragione di dubitare veniva da che in generale ne'giudizî di ordine *tre annate* sole seguon l'anteriorità del capitale, *non più di tre*—E come *dopo la morte del debitore* gl' interessi diceansi un debito non del defunto, ma *dello erede* spropriato, così complicata diveniva la controversia nell' applicazione degli articoli 2045 l. c. (2151 c. c.) e 161, 162, 163 l. sulla espr.

La Corte suprema ha ritenuto che quando non vi è confusione di patrimonî « invano si ricerca » se l'arretrato fosse un *debito dello erede* — e » se esso *avesse dovuto inscriversi*—che non po» trebb' esser *debito dello erede* il quale non s' im» mischiò, ed in *ogni caso la eredità separata*» *mente e principalmente dovrebbe risponderne* ».

La suprema Corte ha soggiunto—« non è poi conseguente la *mancanza della inscrizione*, tranne di togliere ogni preferenza tra' creditori ereditarî, tutti essi dovendo *concorrere per contributo* nel supero de' beni della eredità, *esclusi affatto i creditori proprî dello erede* . . . . I primi giudici accordarono a' creditori di Colletorto *tutti gl' interessi fino alla morte del marchese debitore* — Di ciò non fu appellato da' creditori dello erede— al contrario varî appelli si produssero da' creditori di Rota, e non mancaron di coloro che insistevano per la *totalità degl' interessi:* Accinni, Cariati, Casalnuovo, Stabilimento degl' Incurabili . . . ., e per tal modo nella impugnata decisione fu data la opportunità di discuterne la corrispondente quistione.

» La suprema Corte osserva che, astrazione fatta dagli ostacoli nel merito della contestazione, *il beneficio della separazione, e molto più la non avvenuta confusione, involve il concetto del diritto esclusivo de' creditori ereditarî*

» che mal si richiama la violazione dell' articolo 2045 l. c. poichè, disponendo esso di una *limitazione soltanto al grado ipotecario*, punto non vieta di accordare in collocazione anche *gl' interessi non inscritti quando si presenta il supero*

» che altronde i beni del defunto si appartengano *esclusivamente a' suoi creditori i quali a fronte dello erede e de' creditori suoi possono reclamare la totalità de' legati e de' capitali, insieme con tutti gl' interessi e spese*

» e che infine non fuori di proposito è stato da' ricorrenti invocato l' art. 202 della legge del 1828, come quello che *riconosce gl' interessi non inscritti anche al di là delle tre annate*, e *ne dispone il pagamento*, anche nel caso che il prezzo de' beni espropriati ne offra la capienza— Sta quindi la massima che « il debitore espropriato è te» nuto di soddisfare gl' interessi a' suoi creditori » fino alla chiusura del verbale di collocazione » — Corte suprema di giustizia di Napoli (causa *Dura*, *Pignatelli* ec.) 8 di febbrajo 1838.

N.° 551

Separazione di patrimoni—Beni venduti—Prezzo esistente—Prezzo nuovo

(v. n. 550)

Si dubitava se, *vendut' i beni* del defunto debitore, potesse non di meno sorvivere la *separazione di patrimoni*, quando *il prezzo* de'beni ereditarî venduti, fosse *tuttora esistente* — Ed invocavasi la l. 2 *de separat.* da cui fu tratto l'art. 880 dell'abol. cod. (*art.* 800 delle nostre leggi civili) « *ab haerede vendita hereditate, separatio frustra desiderabitur, utique si nulla fraudis incurrat suspicio—nam quae bona fide medio tempore per heredem gesta sunt rata conservari solent* ».

Voet dicea « *si tamen pretium rerum hereditariarum vel etiam universae hereditatis ab emptore nondum solutum sit, rationem non video cur non pretii saltem respectu, separationis facultas supersit* » —E rammentava l'aforismo « *in judiciis universalibus, pretium succedit loco rei* »—(Voet ad pand. tit. de separat. n. 4.)

Il Brunemanno scrivea così—« *Et si heres vendidit, habet tamen pretium, quod in universalibus succedit loco rei, scilicet hereditatis* »—(Brunem. ad leg. 2 de separat.)

Sono concordi *Basnage* nel trattato delle ipoteche pag. 278 — *Le Brun* nel trattato delle successioni

lib. 4 cap. 2 sez. 1 n. 25, e due arresti della Cassazione di Parigi che giova quì rammentare.

Nel primo il P. M. combattendo l'argomento che traevasi dallo essersi già *venduti gl'immobili* quando pretendeasi domandar la separazione di patrimonî, sostenea che i creditori « avessero *sul prezzo* dopo la vendita i medesimi diritti che aveano *sugl' immobili prima della vendita*»—in conseguenza conchiudea per lo rigetto del ricorso — La Corte di Cassazione adottava la requisitoria « attesochè ordinando la separazione di patrimonî, la Corte di appello di Parigi, lungi dallo aver contravvenuto alla legge, vi si era perfettamente conformata» (22 genn. 1806—Cassaz. Sirey 6 1 197).

Nel secondo avea la Corte di appello considerato « che la domanda per separazione di patrimonî era ben promossa *dopo la vendita de' beni* del defunto fatta dallo erede, ma *prima della distribuzione del prezzo* derivante dalla vendita » — Il ricorrente per Cassazione invocava i principî pe' quali «*vendita hereditate separatio frustra desiderabitur*»— ed il resistente gli rispondea con la legge 1 de separat.—« *confusis bonis et unitis*, *separatio impetrari non poterit* — *quid ergo si praedia extent*, *vel mancipia*, *vel pecora*, *vel aliud quod separari potest?—Hic utique poterit impetrari separatio* »—La Corte di Cassazione fece plauso al ragionamento della Corte di appello, e rigettò il ricorso (8 settembre 1806 —Sirey 6 1 406) — Vedete l'arresto che giova allo sviluppo delle più interessanti quistioni in materia di separazione di patrimonî.

Merlin domanda: che mai decidersi riguardo a' beni venduti di cui il *prezzo tuttora esista?* — Risponde attenendosi alle dottrine di Voet, ed agli arresti poco fà narrati — (Repert. separation des patrimoines § 3 pag. 470 4 edit.)

Tutt' altra era la cosa quando, *vendut' i beni*, avesse l'erede *consumato il prezzo* — Ed è interessante il rapportare quì un arresto che offre il caso in circostanza notevolissima, da che un prezzo riproduceasi, ma non era *quel prezzo* che gli eredi dalla vendita avean tratto e *consumato*.

Erasi venduto dagli eredi un immobile il 27 termidoro anno 3 — ed avean essi introitato l'intiero prezzo, quando nel 1810 taluni creditori in via di domanda per pagamento o rilascio vessavano il comperatore—Questi fu contento di sborsare una seconda volta il prezzo — lo depositò — Fu aperto un giudizio di ordine.

Quel fondo era *ereditario* della signora *Dazigne* — Un creditor di colei si frammischia fra' creditori de' venditori; e come il titolo del suo credito era del 1751, chiede la separazione di patrimonî.

I creditori degli eredi venditori oppongono che le cose non erano più intiere — ma la sentenza accoglie la domanda del creditor della defunta.

Appello — La Corte Reale di Parigi, osservando che gli eredi avean venduto, ed avean *ricevuto il prezzo* intiero—che se un giudizio di ordine vedeasi aperto, lo era per una circostanza tutta particolare, perchè il comperatore, vessato, avea scelto di pagar *una seconda volta* il prezzo — rivoca la sentenza che avea accolto la separazione.

La Cassazione di Parigi ritiene che fossero distinti ed indipendenti l'uno dall'altro; il *privilegio della separazione* di patrimonî, ed il *diritto d'ipoteca* — ritiene che il diritto di separazione di patrimonî si era *estinto* col pagamento del prezzo, che gli eredi aveano introitato senza dolo senza frode, e quando alcuna domanda di separazione non esistea—Rigetta il ricorso—27 luglio 1813 (Sirey 13, 1 438).

N.° 552.

Alluvio—Avulsio—Frana—Terra—Alberi—Accessione

Illos terra fugit dominos: hic rura colonis
Accedunt, donante Pado. . . . . . »
LUCANUS.

Alluvio è cosa tutt'altra da *avulsio* — Per alluvione intendeasi quell'incremento « *quod ita paulatim adjicitur*, *ut* intelligere non possimus *quantum quoque momento temporis adjiciatur* — (l. 7 § 1 de adq. rer. dom.) — Ed un de'titoli per acquistare giustamente, è per *alluvionem*, tutto quel che *agro nostro flumen adjicit* (cit. l. 7)—Nella nuova legge le unioni di terra, e gl'incrementi che formansi impercettibilmente e successivamente ne'fondi posti lungo le rive de'fiumi, e delle riviere, chiamansi *alluvione*, e l'alluvione cede a favore del proprie-

tario, se egli abbia il fondo lungo la riva di un fiume, o di una riviera atta o non atta a navigazione o trasporto, lasciando però il marciapiede o sentiero (art. 556 c. c. 481, l. c. — v. § 20 Inst. de rer. divis — l. 1, l. 3 e 4 cod. de alluv.) — Il terreno abbandonato dal mare va con particolari norme governato (§ 22 Inst. de rer. div. — l. 7 § 3 l. 30 § fin. de adq. rer. dom. — art. 557 c. c., 482 l. c.) — Il terreno abbandonato dall'acqua corrente che si ritira da una delle rive portandosi sull'altra, opera al proprietario della riva scoverta l'incremento dell'alluvione, senzachè il confinante della riva opposta reclamar possa la terra che perde (482 l. c., 557 c. c.) — ma i laghi, ed i stagni formano eccezione (v. l. 69 de contrh. empt. l. 24 inf. de aq. et aq. pluv. arc. — l. 12 princ. de adq. rer. dom.) — e la teorica vigente è questa: Il terreno sott'acqua è del proprietario dello stagno, e se l'acqua nelle straordinarie escrescenze vada a ricoprire la terra confinante, non si acquista perciò alcun diritto al proprietario dello stagno (483 l. c. 558 c. c.).

» *Cave alluvionem cum avulsione confundas* » osservava Pothier, ed alla l. 7. § 2. de adq. rer. dom. rinviando, rapportava il testo per lo quale, staccata per l'impeto del fiume una parte dal fondo altrui, e portata sul fondo mio, questa per modo di regola *rimane ancora nel dominio dell'antico padrone* — Per modo poi di eccezione può divenir *cosa mia*, se per tanto tempo non venga reclamata per quanto basta a far nascere nel fondo mio le

radici degli alberi che erano sull'antica terra trasportata *vi fluminis* (*cit. l.* 7 § 2 *de adq.* — § 21 *inst. de rer. divis.* — *l.* 9. § 2. *de damn. inf.* — *l.* 4 *de reb. cred.* — *l.* 8 *de incend. ruina*).

Nel nuovo diritto vien confermato, e rischiarato questo principio — Vuolsi che la parte svelta per istantanea forza del fiume, o della riviera, dal fondo contiguo alla riva, sia essa *una parte considerevole e riconoscibile* — L' incerto periodo per la rivindicazione, anzichè farsi dipendere dalla natura che faccia sorger alle piante le radici più o meno presto, si misura col periodo di *un anno* per modo di regola — e per modo di eccezione si prolunga in modo che sorviva ancora ammissibile la domanda dell'antico proprietario, sol che il possesso della parte staccata non sia stato ancor preso dal proprietario del fondo al quale *vi fluminis* è stata unita (484 *l. c. tratto dallo artic.* 559 *c. c.*).

Quando in Francia l'art. 559 scriveasi, il Tribuno *Faure* dicea così « un più lungo termine prolungherebbe la *incertezza* de' nuovi possessori, e ritarderebbe la coltura delle loro nuove terre — Il silenzio serbato dall' antico proprietario per un anno, basta a far presumere ch' egli non abbia voluto usare del *suo diritto* per reclamare » — (v. *Locrè lib.* 2 *tit.* 2 *cap.* 2 *sez.* 1).

Maleville narra che si domandò se questo articolo si estendesse anche a que' casi che ne' paesi di montagna avvengono, ove non rare volte gli edificî interi ed i boschi strascinati son giù nelle valli — Venne risposto che l' articolo intendea di fa-

vellar soltanto de' casi in cui la *sola superficie* del fondo venisse staccata, e non *il fondo istesso*.

Osserva Maleville « questa risposta non è aggiustata, nè scioglie la quistione . . . . se una tempesta diradicasse una casa ed una vigna, trasportandola nella prossima bassa valle, senza guastarle, senza neppur alterare la posizione rispettiva delle loro parti, non v'ha dubbio che *il padrone delle medesime avrebbe diritto di riprendere tuttociò che potesse* — Ma, non facendolo entro lo spazio del tempo prescritto, si presumerebbe che egli avesse voluto *cedere e la casa e la vigna* al proprietario del terreno sopra cui fossero cadute: di modo che questo proprietario potrebbe impunemente profittare di tutti gli accidentali vantaggi sopravvenuti alla originaria proprietà (*Maleville sull' art.* 559.)

Gli autori delle pandette francesi narrano come in diritto Romano il proprietario del fondo, di cui una parte era stata distaccata, non avea più il diritto di reclamarla tostochè n'era seguita *la incorporazione* ad un altro fondo; *ma conservava il diritto di domandarne il prezzo*, mentre il codice civile accorda l'anno per reclamare dal giorno in cui siesi preso possesso, *ma vieta qualunque azione, se sia spirato questo anno* — Soggiungono osservando che vada eccettuato il caso in cui il proprietario del fondo al quale fosse stata tolta una parte, *non avesse potuto reclamare*, e rinviano al titolo delle prescrizioni (*Pand. francesi sull' art.* 559 *cod. civ.*)

In un Comune della Provincia di Avellino, nella

notte del 10 marzo 1838 avvenne una *frana*, ossia una spaccatura prodotta dallo scoscendimento della montagna, sì forte che *una vigna* si vide passare nel fondo altrui — L' antico proprietario fu sollecito a statuir *azione possessoria* nel giudicato circondariale.

Noi abbiam cara la opportunità d' indicare come sia stata quella dal diligente giudice *Stefano Mazza* risoluta, rammemorando che egli ne' suoi verdi anni coltivò presso noi la pratica del Foro.

Eccone l' intiero tenore:

» 1. È possessoriale l'azione instituita dal sig. Stentales, per cui debba rigettarsi la opposta eccezione della nostra incompetenza?

2. Nel merito, attesa la negativa de' convenuti di non appartenere all' attore nemmeno in fatto la vigna in quistione, può accordarsi la chiesta pruova testimoniale?

3. Che per le spese?

Sulla prima — Considerando che l' attore col suo libello institutivo del presente giudizio reclama il rilascio del possesso di un di lui vigneto, guarnito tuttavia di corrispondenti suoi alberi, viti, viali, confinazioni, e tutt' altro che lo rendono distinto e riconoscibile, come di sua proprietà, quello che dalla forza irresistibile di una *frana* avvenuta in questo tenimento la notte del 10 marzo ultimo, in occasione di avere cagionato uno slavamento di circa cento moggia di terreno tra vigneto e terre vuote appartenenti a diversi proprietarî, fu trasportato sopra i vigneti sottoposti di essi convenuti

già slamati e distrutti dalla stessa *frana*, e ciò atteso, se ne sono essi immediatamente ed arbitrariamente impossessati, col farci delle colture senz' alcun diritto, sol perchè avendo il detto di lui vigneto cambiato sito per la istantanea forza degl' invincibili elementi, han creduto che fosse loro lecito appropriarsi dell' altrui proprietà.

» Considerando che erroneamente si assume di non potere aver luogo nella specie giudizio per turbativa di possesso, dal perchè non n'esiste per parte dello attore sig. Stentalis, mentre è assioma di diritto che il possesso si conserva e si ritiene *non solo materialmente col corpo, ma anche coll' animo*, siccome viene formalmente espresso nella l. 4 c. *de adquir. et retin. possessione* — « *solo animo possessionem retineri potest* » — *l.* 3. § 7 *ff. de adquir. vel amittenda possessione* — « *Et si animo solo possideas, licet alius in fundo sit; adhuc tamen possides* » — *inst. de rerum divis.* § 21 — « *Quod si vis fluminis de tuo praedio partem aliquam detraxerit, et vicini praedio attulerit: palam est eam tuam permanere* » — *l.* 49 § 1 *ff. de adq. vel amittenda possessione* — « *Quia possessio non tantum corporis, sed et juris est* » — *l.* 3 *ff. uti possidetis* « *si duo possideant in solidum, videamus quid sit dicendum: quod qualiter procedat tractemus. Si quis proponeret possessionem justam et injustam: ego possideo ex justa causa, tu vi, aut clam, si a me possides, superior sum interdicto — si vero non a me, neuter nostrum vincetur, nam et tu possides, et ego* » — Nella specie l'attore dietro la sventura sofferta di vedersi trasportato altrove dalla *frana* il

suo vigneto, non ha inteso mai di abbandonare il possesso con la sua volontà, e che ora *fra l'anno* cerca ricuperare anche materialmente per le vie legali.

Considerando che, adattandosi per una chiara induzione di legge al fatto in quistione l'art 484 delle leggi civili, si scorge chiaro che il padrone della parte staccata dal suo fondo, ne conserva *fra l'anno* sempre il possesso, dal perchè ha egli diritto di reclamarne la proprietà anche dopo scorso l'anno, purchè il proprietario del fondo, al quale la parte staccata è stata unita, non ne abbia preso ancora il possesso, ciocchè indica che *pria della scadenza dell'anno non ha egli diritto a potersene immettere nel possesso*, perchè la legge lo riconosce tuttavia in persona del proprietario della parte distaccata — D'altronde non possono più persone non condomine possedere contemporaneamente la stessa cosa « l. 3, § 5. ff. *de adq. vel amit. posses.* — *Ex contrario plures eandem rem in solidum possidere non possunt* — *Contra naturam quippe est, ut cum ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris* » — Ciò posto, costituendo realmente *una turbativa di possesso* il fatto de' convenuti, di essersi impossessati nel corso dell'anno del vigneto dell'attore, coltivandolo benanche di propria autorità e come di loro spettanza, ne sorge che l'azione dello attore, tendente alla reintegrazione soltanto del possesso che gli è stato usurpato, perchè *possessoriale* rientra esclusivamente nelle attribuzioni del Giudice Regio, a' termini dell'art. 22, n. 4 della

legge organica de' 29 maggio 1817, e dell'art. 103 n. 4 delle leggi di procedura civile.

Sulla seconda. — Considerando nel merito che avendo i convenuti negato il fatto di appartenere allo attore li vigneto, di cui sono essi attualmente in possesso, ma di essere invece quello stesso che da essi possedevasi varî anni prima, e sino ai 10 marzo ultimo, giorno in cui ebbe luogo la succennata *frana*, ne sorge la necessità di doversi ordinare sull' oggetto una pruova testimoniale, a' termini dell' art. 128 leggi di procedura civile.

Considerando che a meglio verificare la identità del fondo in quistione si renda utile e necessario che a' termini dell' art. 145 delle stesse leggi, l'esame si faccia col nostro accesso sul luogo, dove i testimonî possono essere più a portata di fare le indicazioni.

Noi *Stefano Mazza* Giudice-Regio del circondario di Carbonara, pronunziando diffinitivamente in contraddizione delle parti, rigettiamo la opposta eccezione della nostra incompetenza.

Nel merito ammettiamo l'attore signor Stentales a pruovare, anche con testimonî, che la vigna attualmente posseduta da' convenuti Giuseppe de Pietro, e Domenico Gasparone sia quella istessa che possedevasi nella contrada denominata *Croce-via*, dall' attore medesimo come proprietario di essa, precedentemente all' epoca del 10 marzo ultimo, e che per effetto della *frana* avvenuta nel detto giorno 10 marzo abbia cambiato sito, trasportandosi ne' sottoposti terreni di essi convenuti in-

tera, ed intatta, con gl' istessi albori fruttiferi, viti, ed altro.

Salva la contropruova, come di diritto . . . .»
(26 *Luglio* 1838 *Giudicato Regio di Carbonara*).

Dopo questa interlocutoria fu compilato l'esame e, riconosciuta la identità del vigneto, una diffinitiva sentenza del Giudice Regio istesso condanna i convenuti a rilasciare il libero e pacifico possesso del vigneto in favor dello attore, salvi i diritti in separato giudizio petitoriale — Pende appello; e se avverrà che a noi giunga notizia del suo destino, non mancheremo di pubblicarne i risultamenti.

N.° 553.

Bona communia—Publica—Universitatis—Nullius-Singulorum-Res Sacrae, Sanctae, Religiosae—Inalienabilità-Suolo Pubblico-Spiazzo pubblico—Via pubblica—Concessione—Licenza—Diritti di Portolania

(v. n. 500, 503, 514, e 552)

Fu creata la terra pria degli uomini — La proprietà del suolo acquistata per occupazione originaria fu dunque della *collettiva famiglia*, innanzi di

esser *tra singoli* ripartita — Costruite le Città per commodo de' dimoranti, le necessarie *vie* rimasero; e'l suolo vacuo sì di esse, come di ogni così detto *largo*, *o spiazzo*, fu lasciato per destinazione sgombro da fabbrica; onde restò originariamente *fuori del privato dominio* de' cittadini.

Ciò così essendo, crediam teorica giusta e fondata che *tutte le vie*, *tutt' i così detti spiazzi e larghi*, *tutt' i suoli aperti e sgombri*, *si presuma di non essere del privato*, sin quando egli non esibisca *pruova* in contrario — Intendiamo che *si presumano* nelle Città *i suoli vacui* o dall' unanime consenso de' primi abitatori lasciati così, o dopo la occupazione primitiva *derelitti dal privato*, e rimessi nel l'antica loro natura in pro della famiglia collettiva.

Possono esistere de' casi in cui ne sia il privato reso legittimo padrone, o per successione al primo occupante, o per trasmessione dal successor di quello, o per concessione fattagli in *capite et immediate* dal supremo ordinatore de' diritti della famiglia collettiva, o per trasmessione dal successore di quel concessionario, o dall' avente causa da lui —ma quegli che abbia voluto per sua destinazione ed a propria utilità lasciar *vacuo* nella Città un suolo che fu suo, e tenerlo così *aperto*, egli ha voluto che *tutti* lo potessero percorrere andando, venendo, passando, trasportando per esso, usandone così come del pubblico suolo, tutti *uti cives*, non *uti singuli*, fanno uso — Colui che per propria volontà lasciando all' uso di *tutti* il suolo ch'era *suo privato* avesse voluto *non perderne il dominio*, la proprietà particolare, avrebbe dovuto *scriver* che l'atto era fa-

coltativo e di *tolleranza* nel senso d'imprescrittibilità del proprio diritto; avrebbe dovuto esprimere con segni esterni, con termini lapidei, con catena, con inscrizioni permanenti, o con atti indicanti pubblicamente e senza interruzione ch'egli *legalmente conservava* quel che *apparentemente sembrava che abbandonasse*.

Invero, mettendo in rapporto il diritto di natura co' canoni del diritto positivo civile, troviamo nelle antiche leggi romane che *il suolo* sottostante allo edifizio *privato* si consideri *privato* fino a che l'edifizio sussiste — « *alioquin, aedificio dilapso, quasi jure postliminii, revertitur in pristinam caussam* » (l. 6. pr. de div. rer. et qual.)

E, ricercando analiticamente la classificazione che faceas in quelle leggi per distinguere la natura de' beni, troviamo « *Quaedam enim naturali jure communia*(prima classe) *sunt omnium* — *quaedam publica* (seconda classe) — *quaedam sunt* universitatis (terza classe) — *quaedam* nullius (quarta classe) — *pleraque* singulorum (quinta classe) — v. la legge 2 de div. rer. et qual. 1. 8.

Alla prima classe (*communia*) si riferivano le cose per la loro lontananza, per la essenza loro fugace, per la loro immensità, sottratte dal privato dominio, come l'acqua corrente, l'aria, la luce, generalmente considerate.

Alla seconda (*publica*) si riferivano le cose che per legge civile servir debbono a *tutti*; ma lungi la idea di *privato* dominio — tali sono i porti, i fiumi navigabili, le grandi vie pubbliche, e ciò che va

inteso con la parola *demanio*, di cui si fa uso *jure civitatis*, e non per diritto proprio e privato.

Alla terza (*universitatis*) si riferivano i lavori, le opere, i beni che costituivan patrimonî provinciali, e comunali — È quì cade opportuno quel che Ulpiano nella legge 17 de verb. signif. scrivea » *inter publica habemus*, *non sacra nec religiosa nec quae publicis usibus destinata sunt*, *sed* si qua sunt civitatum, veluti bona » — espressioni le quali vanno intese nel senso della legge 15 dello stesso titolo, in cui l'istesso Ulpiano distinguea — « *bona civitatis* abusive *publica dicta sunt; sola enim ea publica sunt*, *quae populi Romani sunt* » — Marciano per distinguere i beni *universitatis* da' beni *singulorum* scrivea — « *Universitatis sunt*, *non singulorum*, *veluti quae in civitatibus sunt theatra*, *et stadia*, *et similia*, *et si qua alia sunt communia civitatum* » — (l. 6 § 1 de divis. rer. et qual.)

Alla quarta (*nullius*) si riferivano le cose che rimasero nello stato di natura primitiva per cedere come cedono al *primo occupante* — tali sono la pescagione, e la caccia.

Oltre a ciò (nella legge 1 de div. rer. et qual.) leggesi « *quod divini juris est*, *id* nullius *in bonis est*, *id vero quod humani juris est*, *plerumque* alicujus in bonis est: *potest autem et nullius in bonis esse; nam res hereditariae antequam aliquis heres existat*, *nullius in bonis sunt* ».

E nella legge 6 Marciano scrivea « *sacrae res et religiosae*, *et sanctae*, *in nullius bonis sunt* ».

Giova ritener le definizioni di queste tre parole, onde distinguere in quale senso i romani inten-

dessero le *cose sacre* — *le cose sante* — *le cose religiose*.

La definizione delle *cose sacre* da Marciano davasi così « *quae publice consecratae sunt*, *non* private—*si quis ergo privatim sibi sacrum constituerit sacrum non est*, *sed profanum* — *Semel autem aede sacra facta*, *etiam* diruto aedificio locus sacer manet »—(l. 6 § 3 de rer. div.)— E Papiniano ripetea nella legge 73 *de contrahen. emptione* il canone « *aede sacra terraemotu diruta*, *locus aedificii non est profanus*; *et ideo veniri non potest* ».

Nella legge ottava Marciano dava la definizione del *luogo* santo « *quod ab injuria hominum defensum atque munitum est* — sanctum *dictum a* sagminibus — *sunt autem sagmina quaedam herbae*, *quas Legati populi romani ferre solent*, *ne quis eos violaret*, *sicuti legati graecorum ferunt ea quae vocantur* cerycia » — Marciano soggiunge « *in municipiis quoque muros esse* sanctos *Sabinum recte respondisse Cassius refert* ».

Ulpiano scrivea « *dicimus* sancta *quae neque sacra*, *neque profana sunt*, *sed sanctione quadam confirmata*: *ut* leges *sanctae sunt*; *sanctione enim quadam sunt subnixae* — *Quod enim sanctione quadam subnixum est*, *id sanctum est*, *et si Deo non sit consecratum* (l. 9 de div. rer. et qual.)

Pomponio, ritenuto il principio che i muri e le porte delle città andassero compresi fra le *cose sante*, ripetea « *si quis violaverit muros*, *capite punietur*, e rammemora l'avvenuto a Remo « *ob id quod murum trascendere voluerit* » (l. 11 d. tit.)

Papiniano fra le cose *religiose* enumerando il

sepolcro, apre l'adito a distinguere come i romani facessero differenza tra cosa sacra, e cosa religiosa — La cosa *sacra* non potea divenir tale per privata volontà — La cosa *religiosa* lo potea. — » *Religiosum autem locum unusquisque sua voluntate facit; dum mortuum infert in locum suum* » (l. 6 § 4). . . . in commune *Sepulcrum*. . . . *et in alienum locum*, *concedente domino* (cit. l. 6 § 4)

Alla quinta classe (*singulorum*) si riferivano le cose a' diversi membri della società appartenenti *uti singuli*, non solamente *uti cives*.

Secondo le leggi romane il privato detentore di ciò ch'era *pubblico* non avrebbe giammai potuto addivenirne *possessore legittimo*—Usucapionem recipiunt maxime res corporales, *exceptis rebus sacris*, *sanctis*, *publicis* populi romani, et *civitatum*. . . . . (l. 9 de usurp. et usucap.)—Di quì Pothier opportunamente ripetea l'aforismo « *res juris publici non possidentur* ».

Perezio, comentando il titolo del codice *de oper. publ.* dava esempio di beni *pubblici*, ma intesi nel senso della loro destinazione al pro della *università* — E numerava i seguenti.

Theatra — Stadia — Praetoria judicum — Basilica — Portus — Angiportus — Porticus — Balnea publica — Termae publicae— Campus publicum — Piscinae — Canales — Aquaeductus —Fontes—Forum — Fana — Palatium — Statuae— Imagines — Muri — Pontes — Portae civitatis — Cavea publica — Agri vectigales — Ageres publici — Pascua—

Nemora etc. (*v. Percz. praelect. in cod. tit. de oper. publ. n.* 2.)

E furono in tutt' i tempi inalienabili, intangibili i diritti su beni di tale natura—Fu sin dalla prisca legislazione intesa la idea che nelle attuali leggi è riprodotta, di *contravventore punito con multe* « *Qui sine auctoritate divini rescripti ad judicium tuae celsitudinis destinandi angiportus integros, seu partes, suis domibus incluserunt, seu porticus usurparunt.. procul dubio jura pristina sacratissimae reddere civitati jubemus*, multa *auri quinquaginta librarum non defutura, si quis post hac in similem audaciam prodire tentaverit* »— (*l.* 20 *cod. de oper. publ.*— *conc. l.* 13 *cod. eod.* — *l.* 5., *l.* 6. *eod.* — *v. cod. Theodos. lib.* 16 *tit.* 16)

Nel digesto è il titolo *ne quid in loco publico, vel itinere fiat* — Si ha quivi la formola del Pretore che interdicea l' edificare nel *suolo pubblico* (l. 1 ne quid in loc. publ. vel itin. fiat) — *Ne quid in loco publico facias*—(era generica la espressione dello interdetto) *inve eum locum immittas, qua ex re quid illi damnum detur* — Alla regola seguiva la eccezione « *Praeter quam quod Lege, Senatusconsulto, Edicto, Decretoque* Principum *tibi* concessum est » (l. 2 ne quid. in loc.)—espressioni le quali fanno distinguer come, ed in quali casi, debba la *presunzione* cedere *al fatto*, e riproducono i due canoni

1. dal presumersi *pubblico* uno *spiazzo*, un *largo*, un suolo *vacuo*, deriva come regola il *divieto di occuparlo privatamente*

2. la concessione è *un fatto positivo da pruovarsi*

per parte del privato — sin quando egli non pruovi questo fatto, regge il divieto.

Loca enim publica utique privatorum usibus deserviunt, jure scilicet civitatis, *non quasi* propria cujusque — *et tantum juris habemus ad* obtinendum, *quantum quilibet ex populo ad* prohibendum *habet* — *Propter quod, si quid forte opus in publico fiat, quod ad privati damni redundet*; prohibitorio interdicto *potest conveniri* — propter quam rem hoc interdictum propositum est — (l. 2 § 2 ne quid in loc. publ. fiat).

Il Giureconsulto soggiunge « *et* publici loci *appellatio quemadmodum accipiatur, Labeo definit, ut et ad* areas, *et ad* insulas, *et ad* agros, *et ad* vias publicas, itineraque *publica pertineat* » — (l. 2 § 3 ne quid in loc. publ.)

Pothier opportunamente osserva sullo spirito di questa legge « *tantum juris habemus* ad obtinendum ut his locis utamur sine alterius damno, *et ut quod in eo nemine prohibente aedificavimus servemus in usus nostros*; quantum juris quisque habet ad prohibendum ne aedificemus, *si cum damno ejus aedificare incipiamus* » — (Pand. just. 43 8 in num. 1 not. n. 2).

La idea di *concessione* di suolo pubblico va così intesa nelle antiche leggi. « *nam quotiens* ALIQUID in publico fieri permittur, *ita oportet permitti ut sine injuria cujusquam fiat*; *et ita solet* Princeps, *quoties aliud novi operis instituendum petitur*, permittere — *Damnum autem pati videtur qui* commodum amittit quod ex publico consequebatur, *qualequale* sit » — (l. 2 § 10 e 11 ne quid in loc. publ.)

Ed è notevole la idea che poscia a'dì nostri vedesi identicamente riprodotta e tutelata « *Si tamen obstet aedificium publico usui; utique is qui operibus publicis procurat*, debebit id deponere — *aut si* non obstet, *solarium ei imponere* (presso noi *censo per concessione di suolo*, ovvero *diritto di licenza* per *occupazione temporanea* di suolo ed area pubblica) — *Vectigal enim hoc sic appellatur* solarium, *ex eo quod* pro solo pendatur » —(l. 2 § 17 eod.)

Applicando questi canoni al diritto vigente, e per le leggi civili sotto il titolo *de' beni relativamente a coloro che li possedono*, e per le leggi amministrative, pe' decreti, e pe' regolamenti, l'insieme de' principî va a ciò

1. I beni che non appartengono a' particolari non possono esser *alienati* se non nelle forme e *con le regole che son loro proprie* (462 l. c. 537 c. ab.)— Il suolo *pubblico* rientra nella classe de' beni che non appartengono a' particolari.

2. Si può aver sopra i beni un *diritto di proprietà* — o un *semplice diritto di usufrutto* — o solamente quello di esercitarvi una qualche *servitù prediale* (468 l. c.) — nel testo francese l'art. 543 teneva in luogo della parola *usufrutto* la più generica espressione « *un simple droit de jouissance* » — Dunque il privato può desiderar *nelle forme e con le regole che son proprie* alla cosa pubblica acquistare un *suolo*, o per goderne temporaneamente « *la jouissance* » — o per renderlo assolutamente *suo* per se, pe' suoi posteri, per gli aventi causa da lui, come ogni altra *privata proprietà*.

Nel primo caso trattasi d'*ingombrare* il suolo,

l'area, togliendone alla famiglia collettiva *l'uso pieno*, ma non la *proprietà*—Allora il *Sindaco* a nome della famiglia collettiva esamina *se la sottrazione dall'uso pubblico* induca nocumento—Quando il bene pubblico non si opponga; quando il privato veramente abbia necessità di usare *esclusivamente per se* di quello che collettivamente a lui ed alla famiglia del Comune era implicitamente conceduto *uti cives* di *usare*, allora non vien negato, e molto meno vien ritenuto come una *contravvenzione* il far così che il privato *sottragga* all' uso *di tutti* quella minima parte che vuol occupare *temporaneamente* per sua privata utilità—Ma la privata utilità, in quanto affievolisce l'uso cui han diritto collettivamente gl' individui del comune, ottener dee un *compenso pecuniario*, di cui la giusta misura, *la tariffa* sancita dal RE offre un cespite comunale.

Nel secondo caso può il privato desiderar non già di temporaneamente *occupare*, bensì di *acquistare* perpetuamente l'area di un suolo pubblico—Se ne offre il caso quando un privato rifacendo la parete esterna del suo immobile abbia la necessità di raddrizzare un angolo sporgente, o rientrante, è desideri perciò che il suolo pubblico gli ceda la *pianta* necessaria—Questa è una intenzione di *acquistare* ne' modi legittimi *la proprietà* di una cosa che, appartenendo al pubblico, è di sua natura *inalienabile* per modo di regola, ma che per modo di eccezione può divenir *alienabile*, sempre chè ciò venga conceduto dal supremo oracolo del Re—Egli che tutto può, dispensando al principio della *inalienabilità* del demanio, può e tuttogiorno dà, previa

cognizione e disamina, un *privilegio*, una *concessione* al privato che desiderò di ottenerla—Questo privato, così come quello che indicammo nel precedente caso, paga *un annuo* compenso, il *canone* proporzionato.

Così per lo primo de'due casi nel Consiglio ordinario di Stato del 16 dicembre 1823 l'augusto Sovrano approvò la tariffa *de' diritti di piazza* per la Città di Napoli—diritti di cui un tempo la cura spettava al così detto *Officio del Regio Portolano*.

Sta in quella tariffa il così indicato diritto *temporaneo*, v'è il *giornaliere*, v'è il *mensuale*.

Temporaneo, come ciò che pagar dee chi costruisca lo *steccato*, il *barraccone*, l'*anfiteatro* per porre oggetti, o dar rappresentanze autorizzate; come ciò che pagar dee chi costruisca bagni lungo la riviera della capitale con ponte che dia l'accesso dalla terra a' camerini da bagno.

Mensuale, come ciò che pagar dee chi con *posti fissi*, o *decretati*, usi dello *staffio accosto alla bottega*, o nelle strade ponga vicino alla bottega *generi*, sia sulla terra « *sia sopra tavole, panchi, ed altri comodi simili* » ; come ciò che pagar debbono le vetture che per nolo si trovan situate nei larghi, nelle strade, sul suolo della Città, ec.

Giornaliere, come ciò che pagar dee chi venda generi nel pubblico suolo con posti, panche, sporte, some, tavole, botti, o qualunque recipiente, pedagne, sedie, bancherottoli, vini, carri, carrette, e con qualsivoglia modo abbenchè la superficie tutta del corpo messo in vendita non tocchi il suolo, com'è pe' mobili e per le carrozze esposte

in vendita ec., sol che per la durata in parte del giorno, o per tutta la giornata il suolo pubblico in tali usi voglia il privato addire per propria sua utilità — Sta in quella tariffa « basta che cia» scun' occupi il suolo pubblico per l'esercizio del» la vendita di generi con *posti decretati*, o *vo*» *lanti*, o *in altra forma*, son sempre soggetti al » diritto con le condizioni sopra stabilite ».

Sta in fine in quella tariffa rammentato come il Regio Portolano incaricato di tenere sbarazzate le piazze e le strade da qualunque occupazione, concedesse *ad nutum*, ed *amovibile*, il *decreto*, ossia la *licenza* a' privati di usare di qualche spazio per vendita di generi — esser ciò di esclusiva *sua giuridizione*, precedente verificazione di non recar ciò *incomodo al pubblico* — ed essere scritto volta per volta nel *decreto* l' importo da pagarsi pel *diritto di piazza* analogo al *posto decretato* — Il Sindaco di Napoli conserva nella tariffa sovranamente sancita il nome di *Portolano*—(Tariffa del 1823 20 *dicembre*.)

Altro ramo di giurisdizione municipale di portolania, così detta di *fabbriche e legname*, e della *fortificazione* operava un *diritto di licenza* che pagavan tutti coloro che volessero costruire o riparar edifizî in Napoli situati a fronte, o a confine delle pubbliche strade — Ma la clemenza del RE col Decreto 10 gennajo 1832 rese *gratuita* la *licenza*, la *ricognizione*, la *direzione*, di cui la necessità è conservata ne' termini, e ne' modi espressi in quel decreto *e nello annesso regolamento*—(*col-*

lez. 1832 1. *sem. p.* 6.) — I principî conservati dal Decreto e dal Regolamento son tali.

È dovere dell'amministrazione *conservare intatto* il pubblico suolo — vigilare al *comodo*, ed alla *decenza* delle strade.

Il privato non dee *occupare* il suolo pubblico, o *l'aria* di esso — nè cagionare *degradazione*, *impedimento permanente*, o *pericolo* nelle pubbliche strade — Sotto queste condizioni può far variazioni, miglioramenti, riparazioni, costruzioni, sul proprio edifizio.

Ove il privato *occupi*, *sotto qualunque forma e per qualunque oggetto*, il suolo pubblico — o rechi *degradazioni*, *pericolo*, o *impedimento permanente* nelle pubbliche strade, l'autorità municipale *verbalizza*, *fa rimettere amministrativamente le cose nello stato* in cui prima erano, e *procede per le multe* e pe'danni ed interessi a norma della legge.

La giuridizione della portolania è conservata in tutto il resto, ma in quanto alle concessioni sul suolo pubblico è limitata a' soli casi di licenza specificati nel regolamento annesso al decreto 10 gennajo 1832 — « *senza pregiudizio di ciò che* » *riguarda i posti*, *le piazze ed i mercati* . . . »

» Ogni *altra concessione* non potrà esser fatta » senza *un nostro Decreto*, e nelle forme prescritte » dalla legge del 12 dicembre 1816 — Il valore del- » le concessioni di questa natura che non offra un » canone di duc. 20 almeno sarà pagato in capi- » tale — la somma di questi diversi capitali sarà im- » piegata a cura del Sindaco alla fine di ciascun » anno » (*Decr.* 10 *gennajo* 1832.)

N.° 554.

Competenza—Contravvenzione—Polizia urbana-Suolo pubblico-Giurisdizione-Sindaco-Eletti di Napoli-Giudice Regio incompetente-Verbali-Bollo-Registro

(v. n. 553)

Dapoichè ciascuno è obbligato a conoscer le disposizioni della legge, se in onta e disprezzo de' canoni di cui trattammo nel numero precedente si verifichi sul pubblico suolo o la *occupazione*— o la *degradazione* — o il *pericolo* — o l'*impedimento permanente*, ivi sta una *contravvenzione*, ivi sta un *colpevole*, contra cui la famiglia collettiva de'sudditi che costituisce il comune ha una triplice azione—Una per veder amministrativamente *ripristinato* il suolo isgombro—Una per veder *punito* e *multato* il contravventore — Una terza per obbligarlo a pagare i danni interessi, fra'quali sta quel *diritto* eziandio che egli avrebbe pagato, laddove a'termini della tariffa la riscossione *di un tanto* sia autorizzata in bilateralità della licenza—Ecco la idea de'*giudizi di contravvenzione* che rientrano nelle attribuzioni de'*giudici del contenzioso amministrativo*, come la *competenza* ad essi è riserbata dalla legge sempre che insorga controversia relativa a *strade*, non vicinali, o che la

quistione sia di occupazione *di tutte*, o che sia di *parziale occupazione della loro area*, o che si tratti di *danni cagionati*, o che di *obbligo di mantenere*, sia le *strade*, e l' *area di esse*, sia i *porti*, i *lidi*, i *fiumi*, i *canali*, le *dighe*, i *ponti ec.*, ne' termini degli articoli 6, e seg. della legge 21 marzo 1817. (e v. decr. 10 genn. 1832).

La procedura per cosiffatti giudizî è fissata dagli art. 1 e seg. della l. 25 marzo 1817, e la iniziativa del processo è il *Verbale* del primo *Eletto* che verifica il *fatto* e l' *imputato* della contravvenzione.

Ove il primo Eletto manchi, l' articolo 1 della legge del 25 marzo autorizza il *secondo Eletto* a redigere quel verbale; e va quì rammemorato il Decreto 11 settembre 1825 (*coll. pag.* 129) col quale, allorchè il primo Eletto di un Comune, o in sua mancanza il secondo Eletto, si trovassero impediti, vien dichiarato che il *Decurione più anziano in ordine di nomina* possa rimpiazzar coloro nel dissimpegno delle funzioni ad essi affidate dallo art. 1 della legge de' 25 marzo 1817 sulla procedura del contenzioso amministrativo.

In quanto *alla incompetenza del potere giudiziario*, oggi non v' è più dubbio, semprechè si tratti di *contravvenzioni*, di quelle di cui gli art. 6, e 7 della legge del 25 marzo trattano — Purtuttavolta nella specie delle contravvenzioni che avvenivano per lo dazio delle così dette *licenze di fortificazione* per la Città di Napoli, nel 1827 faceasi dubbio del se, dopo la verificazione degli Eletti della Città, i verbali di contravvenzione avessero

dovuto essere spediti a' *Giudici Regi rispettivi*, a cui dubitavasi di appartenere il giudicarne ed applicare la multa *in linea penale*, anzichè esser rimessi al *Sindaco* del luogo.

Gli Eletti della Città di Napoli d'altra banda negavano la competenza del *potere giudiziario*, e dubitavano che nel caso di contravvenzione per le così dette licenze di fortificazione, *essi*, non il *Sindaco*, avessero il diritto di *giudicarne*.

Poichè in quella occasione vennero in disamina varî articoli, e della legge del 12 dicembre 1816, e di quelle del 21 e 25 marzo 1817 — poichè la quistione diede luogo a motivato avviso di un chiarissimo Giureconsulto e Magistrato supremo, non rincresca quì ritenere i principali elementi di quella discussione.

Da principio gli Eletti per dir ch'*essi esclusivamente*, e dal Regio Giudice, e finanche dal Sindaco *giudicar* dovessero ne'casi di contravvenzione, invocavano l'art. 58 della legge 12 dicembre 1816.

Ma l'Intendente a' 23 ottobre 1827 distinguea che quello articolo agli Eletti di Napoli dasse la facoltà non per giudicare, sibbene unicamente per formare *atti* della contravvenzione, e *provocar la punizione* innanzi al *Giudice competente*—Ed osservava che se l'Eletto può *infliger pene a norma de' regolamenti* ne' quattro casi preveduti dall'art. 58, alcun de' quattro casi non può iscambiarsi con quello di cui trattiamo—e'l quarto di questi casi nella Città di Napoli forma un' attribuzione tutta della *Polizia*, in virtù di altre superiori disposizioni.

Radunatosi il Corpo degli Eletti a 23 nov. 1827

analizzò la quistione in diritto, ricercando quale autorità fosse a caratterizzarsi *il Giudice competente* nel senso dello art. 58 testè citato, e sviluppò a questo modo il suo assunto

1. gli art. 18 e 19 della l. 21 marzo 1817 stabiliscono che la facoltà di giudicare nelle controversie del contenzioso amministrativo appartenga agli Eletti, ai Sindaci, a' Consigli d'Intendenza ec., e che gli Eletti *giudichino di tutte* le contravvenzioni di polizia urbana, a termini dell' art. 58 della legge de' 12 dic. 1816

2. gli art. 3 e 4 della legge 21 marzo 1817 dichiarano di competenza del contenzioso amministrativo *tutte le controversie* che, cadendo sopra oggetti dell' amministrazione pubblica, la interessino direttamente, o indirettamente — e le strade, come le acque, e le altre proprietà che appartengono al Demanio pubblico, ed il contenzioso delle strade, son fra gli oggetti di competenza del contenzioso amministrativo

3. l' art. 27 della legge del 21 marzo rinvia alle autorità giudiziarie non il *conoscere*, ma l'*eseguire* le decisioni pronunziate da' giudici del contenzioso amministrativo — e l' art. 18 fra coloro a' quali dà la facoltà di giudicare, annovera gli Eletti—nè fra gli articoli della l. del 12 dicembre vi è altra autorità incaricata della *polizia urbana* e *rurale* nei comuni, tranne il Sindaco, e gli Eletti — e nella Città di Napoli gli Eletti nelle dodici sezioni alle quali sono assegnati, riempiono le funzioni di Sindaci, rispettivamente assistiti da un primo, e da un secondo aggiunto — e l'art. 83 della legge 12

dicembre conserva al Corpo di Città di Napoli la *portolania*, e la polizia annonaria.

Quindi gli Eletti rilevavano che nelle contravvenzioni alle così dette *licenze di fortificazione* due oggetti si riguardassero — 1. l'opera fatta *senza permesso nel suolo pubblico*, o in contatto con questo — 2. *il diritto di licenza*, che è di privato interesse dello affittatore del dazio, oggetti entrambi del contenzioso amministrativo, *che non potrebbero in qualunque modo all'autorità giudiziaria appartenere*—Soggiungeano che gli atti dovendo essere in carta di bollo, e registrati quando all'autorità *giudiziaria* si presentano, l'affittatore del Dazio dicesse di non convenire ciò a' suoi interessi, nuovo argomento per desumere la necessità di non interporre l'autorità giudiziaria quando si trattasse di materie cosiffatte, ma di far queste decidere innanzi ad essi come le autorità del contenzioso amministrativo.

A 5 dicembre 1827 l'Intendente in un motivato rapporto al Ministro degli affari Interni ragionava come andiamo a reassumere

1. l'art. 58 contiene una regola, e quattro eccezioni — Per regola un Eletto non può che *formar* atto della contravvenzione di polizia urbana e rurale, e *provocarne la punizione* innanzi al giudice competente — Dunque egli ha la qualità di esercente il pubblico Ministero, non di *giudice* — Per eccezione un Eletto può, senza *rinviar* ad altri, *giudicare di per se solo*, ma ne' soli *quattro casi* espressi dallo art. 58, alcun de' quali non si rife-

risce al così detto *dazio comunale di licenze di fortificazione*

2. nello art. 277 l. 12 dic. 1816 si dà all' amministrazione civile la facoltà di fare e pubblicare i regolamenti di polizia urbana e rurale — Ma la esecuzione giudiziaria de' regolamenti si dà a' giudici di pace per regola — Si dà per eccezione a'Sindaci, agli Eletti, agli Aggiunti solo ne' casi e ne' termini degli articoli 57, 58, 84

3. nelle instruzioni sulla polizia del 22 gennaio 1817 sovranamente approvate, l'art. 6 tratta della *polizia amministrativa*, ma, fermo il principio che l'Amministrazione dia i regolamenti con misure di prevenzione, soggiunge che *l'applicazione delle pene* per violazione delle ordinanze e de'regolamenti, appartenga sempre all'autorità *giudiziaria* che proceder debba con le forme de' giudizî penali

4. se l'art. 18 della l. 21 marzo 1817 definisce che le controversie del contenzioso amministrativo non appartengano a' Magistrati del potere giudiziario, il pronunziare sulle multe per trasgressione a' regolamenti non è abbastanza certo che offra una *controversia del contenzioso amministrativo*

5. se l'art. 19 della legge 21 marzo 1817 dà agli Eletti una facoltà per *giudicare*, limita questa facoltà unicamente a' termini dell' art. 58 della l. 12 dicembre 1816.

6. se gli art. 3, e 4 della legge 21 marzo danno al contenzioso amministrativo la materia fra l' altro delle *strade* e delle *acque* ec., l'art. 5 fà eccezione per lo caso in cui sorga *contesa di proprietà*— e la

multa sottrae una *proprietà* al privato per darla al Comune

7. ove il *corpo di Città* avesse *giuridizione* per *multare*, si troverebbe nella persona istessa la *parte* ed il *giudice*, poichè, dopo locato condotto il dazio, sempre *la città* si troverebbe la proprietaria del diritto giuridizionale locato

8. nè vale il dirsi che gli atti dovrebbero innanzi alle autorità giudiziarie esser presentati con le dispendiose formalità del bollo e del registro, perchè la legge del 21 giugno 1819 art. 17 dà gratuita la formalità del registro a' verbali di qualunque amministrazione o agente del governo per fatti relativi allo esercizio delle loro funzioni, e per le contravvenzioni che debbon verificare, e contra le quali son obbligati di procedere — e perchè la legge del 2 gennaio 1820, art. 26 § 8, riproduce la istessa idea di favore per la indole dell' atto.

Conchiudea l' Intendente *perchè a norma di casi simili* volesse l' Eccellentissimo Ministro degli affari interni dettar i suoi oracoli superiori.

Il 17 dicembre 1827 il chiarissimo Giureconsulto Proccurator generale presso la G. C. de' conti *Commendator Fortunato* analizzava così

» Eccellenza — La quistione che sorge dalle discordi rimostranze dell' Intendente, e del Sindaco, e degli Eletti di Napoli risguardando non meno le facoltà di questi ultimi, che in generale quelle delle autorità amministrative, sembra non potersi elevare in altri termini, che ne' seguenti

» È del potere amministrativo, o per converso, il decidere delle contravvenzioni a così detti *dirit-*

ti per licenze di fortificazione; ed in caso che sì, se non gli Eletti tutti, almeno quelli della *Città di Napoli* sono gli autorizzati a darne sentenza?

» E poichè non di *tutte* le contravvenzioni a regolamenti di polizia municipale e rurale possono le autorità amministrative giudicare, ma *delle sole* che la legge del 12 dicembre 1816, e le posteriori del 21 e 25 marzo 1817: al loro giudizio hanno commesse; egli è perciò d' uopo di conoscere innanzi tratto *in che le contravvenzioni in esame consistessero*—Or, non potendo alcuno *costruire* edifizî, o *restaurarli*, o farvi *novelle* aperture esteriori, senza aver dapprima ottenuto la debita *licenza*, e pagato il *diritto* determinato per la tariffa; egli è evidente che chi altrimenti operasse è in *contravvenzione*; e sì del pari colui che *eccedesse* i limiti della concessione fattagli.

» Ma poichè nel recarsi simili opere ad effetto ella è cosa agevolissima di occupare il *suolo*, o l' *area* delle pubbliche strade, egli è perciò chiaro, che non altre autorità dovessero conoscere delle contravvenzioni nell' imprenderle, o nel menarle a fine, che *quelle alle quali e la tutela*, *e la gelosa cura delle strade pubbliche è affidata*—Nè certamente gli antichi nostri statuti mossero da altre ragioni; imperciocchè, laddove fossesi lasciato in balía di ognuno di edificare, o riedificare, o di aprir gli edificî a suo talento, le strade della Città, o sarebbero *sparite*, o sì *anguste ed oscure* che lungi di formarne il commodo o l' abbellimento, potrebbonsi paragonar piuttosto a' più piccoli sentieri che conducono a covili di bestie feroci.

» Se adunque per le parole dell'art. 6 della legge del 21 marzo 1817, non alle autorità *giudiziarie*, ma alle *amminininistrative* è unicamente dato di diffinire *tutte le controversie* relative alla conservazione delle pubbliche strade in tutta la loro integrità — e se le contravvenzioni in discorso quella delle strade interne della città unicamente interessano, io non so come potessero i giudici *ordinarii* prenderne conoscenza.

» Nè si opponga, che non trattasi nè di occupazioni di suolo, o di area di pubbliche strade, o altra loro degradazione, ma di reprimere semplicemente coloro, che *non avendo pagato il diritto*, ed ottenuto il *permesso*, pongonsi a fabbricare; poichè, giova il ripeterlo, un tal permesso non è che *il modo onde conservare le strade* nella loro integrità; cosichè si presume di necessità uno scopo opposto in chi fabbrica senza averne avuto il potere.

» Quindi non sembra rimaner dubbio alcuno che la *competenza ne' giudizí delle contravvenzioni menzionate sia del potere amministrativo.*

» Ma non per ciò ne segue che la si appartenesse agli Eletti in generale, e neppure a quelli di questo Comune — Non a' primi, poichè essi non si hanno altro diritto ad infliger multe, che ne' soli casi contemplati nello art. 58 della legge del 12 dicembre 1816, infra i quali, siccome si è ben avvisato l'Intendente, non è certamente annoverato quello di che è disputa — non a' secondi, perchè oltre le facoltà comuni con tutti gli altri Eletti, essi non ne hanno altra peculiare nelle loro sezioni rispettive, che quella di uffiziali dello stato civile;

e ciò in forza dello art. 71 della legge medesima.

» Chi dovrà dunque giudicare ?—La soluzione è facilissima, non così tosto si volga lo sguardo al capitolo 1. della legge del 25 marzo 1817 sulla procedura del contenzioso amministrativo—Ivi è stabilito che di tutte le contravvenzioni espresse negli art. 6, e 7 della legge del 21 del mese ed anno istesso, dovessero giudicare i *Sindaci*, se la multa non ecceda i ducati 6, ed eccedendola, i *Consigli d' Intendenza*; nè altra facoltà è data agli Eletti che quella della istruzione de' processi, e dell' esercizio delle funzioni di Ministero pubblico — Donde segue che nè a' *Giudici di Circondario*, nè agli Eletti competasi di sentenziare sulle contravvenzioni a' *diritti* ed alle *licenze di fortificazione*, ma sibbene al *Sindaco, od a chi per esso* in caso di suo impedimento.

» Il fin quì detto rende superfluo l' esame dell' ultimo dubbio promosso, se cioè gli atti che dovrebbero istaurare gli Eletti per la verificazione delle divisate contravvenzioni, *dovessero essere soggetti alle formalità del bollo e registro*—Ma quando non il Sindaco, ma i giudici Regî fossero competenti, le leggi sul bollo, e sul registro, anzichè da comandare che quegli atti vi fossero sottoposti, nitidamente ne li proscioglie, siccome l' Intendente a' luoghi ha giudiziosamente fatto osservare.

» Per le quali cose mi è avviso, che ove V. E. nella sua saviezza non credesse diversamente, rescriver potesse all' Intendente, appartenersi *al Sindaco, o a chi il rappresenta*, se impedito; *e non a' Giudici Regî*, di giudicar delle contravvenzioni, delle quali a lungo le ho ragionato—Nè si avere gli

Eletti *altro potere*, *che quello d' istruire i processi*, *e di esercitare le funzioni del Pubblico Ministero*». (avviso del Procurator Generale della G. C. de' conti 17 dicembre 1827).

Ed a' 8 di gennaio 1828 l'Eccellentissimo Ministro degli affari interni scriveva all' Intendente di Napoli così

» Ho fatto esaminare dal Regio Procuratore presso la G. C. de' conti le quistioni risultanti dal suo rapporto del 5 prossimo scorso mese

1. se appartenga al potere del contenzioso amministrativo il giudicare delle contravvenzioni a' così detti *diritti*, e *licenze* di fortificazione

2. nel caso affermativo *a quale autorità* di tale potere

3. se gli atti corrispondenti debbano essere vistati, e *registrati gratuitamente*.

» Dalla copia del rapporto che le compiego rileverà che questo Magistrato ha *giustamente* opinato che tali controversie *competano al contenzioso amministrativo*, *e propriamente a' Sindaci*, *e Consigli d' Intendenza*, *e non agli Eletti*—e che gli atti siano soggetti com' ella ha opinato al *solo visto*, *e registrato gratuito*.

« Io quindi la incarico di dare le disposizioni conformi a questo avviso che ho approvato » — (*Ministeriale del dì 8 gennaio* 1828).

Era il 1 marzo 1828, quando un' altra Ministeriale all' Intendente portò i seguenti dettami, che sempreppiù rendon giusti i principî già da noi in questo libro rapportati nel n. 455 (*tom.* 3. *pag.* 13).

» Mal si oppongono gli Eletti di Città, quando

credono, che *oltre le contravvenzioni a' così detti diritti, e licenze di fortificazione*, ogni *altra* contravvenzione che direttamente o indirettamente interessi l'amministrazione pubblica sia soggetta all'esame del potere *contenzioso amministrativo, e non del giudiziario* — Basta leggere gli art. 3, e 4 della legge del 21 marzo 1817, a cui gli Eletti vorrebbero dare un senso ed una latitudine che non hanno; e riflettere che nelle leggi penali evvi un capitolo separato e distinto per le pene onde deggionsi punire le contravvenzioni in esame, per conchiudere ch'esse sono della competenza del potere *giudiziario*.

» Nè forma ostacolo che *la contravvenzione interessi direttamente od indirettamente l'amministrazione*; dappoichè la limitazione dell'art. 5 della legge del 21 marzo 1817 sarebbe intieramente distrutta, e si verificherebbe l'assurdo, che delle *azioni civili di qualunque natura, nelle quali non cada in esame la legittimità, validità, o interpetrazione di un atto dell'amministrazione pubblica*, non i giudici ordinarii, ma quelli di eccezione che soventi volte sono *parti interessate*, dovrebbero giudicare.

» Adottando anche in proposito il parere del Regio Procuratore generale presso la G. C. de' conti, le rescrivo che, *tranne le contravvenzioni agli articoli* 6, *e* 7 *della legge sul contenzioso amministrativo, il cui giudizio si appartiene al Sindaco, o al Consiglio d' Intendenza secondochè la multa ecceda, o non ecceda i ducati sei*, per tutte le altre debbono i *Giudici Regii* procedere.

» Con questa data ho passato i miei uffizî al Mi-

nistro delle Finanze, perchè dia gli ordini opportuni, onde i *processi verbali e tutti gli altri atti che saranno compilati in occasione delle contravvenzioni suddette vengono bollati per visto, e gratuitamente registrati.*

» Serva ciò di riscontro a' due suoi rapporti degli 8 del prossimo scorso mese relativi all'oggetto— (*Ministeriale del* 1 *marzo* 1828).

Finalmente a' 4 ottobre 1828 un' altra ministeriale all' Intendente di Napoli sciolse diffinitivamente con una saggia distinzione, il dubbio sul *bollo e registro degli atti, su cui le contravvenzioni son giudicate.*

» Coerentemente a quanto le rescrissi agli 8 gennajo, e 1 marzo ultimi sulla soluzione del dubbio per le autorità che debbono giudicare delle contravvenzioni a' cosìdetti *diritti*, *e licenze di fortificazione*, le trascrivo quanto il Ministro delle Finanze mi ha partecipato pel registro e bollo.

» Eccellenza—Avendo partecipato all'amministrazione del registro e bollo, per le sue ulteriori osservazioni, il parere del Procuratore Generale presso la G. C. de' conti, che V. E. si compiacque comunicarmi con pregiato foglio del 21 maggio ulti-*in ordine al bollo, ed al registro degli atti per la verifica e persecuzione delle contravvenzioni a' regolamenti per le licenze di fortificazione*, il datto funzionario per le ragioni che V. E. rileverà dall' annessa copia del di lui rapporto, è rimasto fermo nel suo avviso, che cioè *quando ora tal cespite trovasi dato in appalto, debbano i processi verbali di contravvenzioni, e gli atti sussecutivi di*

procedura, essere distesi sulla carta bollata, e registrati col pagamento de' corrispondenti diritti.

» Nel manifestare ciò a V. E., e riportandomi al foglio che ebbi l' onore di dirigerle in data del 2 di aprile del corrente anno, le soggiungo che sembra *di non potere l' appaltatore pretendere dal corpo Municipale la bonifica de' diritti di bollo, e di registro, che pagherebbe per gli atti de' quali è parola, mentre l' appaltatore medesimo ne viene rimborsato da' contravventori che sono condannati al pagamento delle spese.*

» E non tralascio in oltre di prevenire all'E. V. che ho autorizzato il mentovato amministratore generale a far vistare per bollo, ed adempire di registro col pagamento de' *soli diritti*, e *senza multa* gli atti della specie sforniti di tali formalità, che finora si sono fatti a richiesta dell' attuale o de' precedenti appaltatori » — (*Min.* 4 *ott.* 1828).

N.° 555.

Competenza—Contenzioso amministrativo—Suolo pubblico—Materia non di contravvenzione—Pagamento—Diritti—Piazza—Sindaco di Napoli—Giurisdizione—Città di Napoli—Eletti incompetenti

(v. n. 553, 554)

Sovente non è il caso del *giudizio in linea di contravvenzione*, ma di contesa per far che *si paghi* dal renitente per la occupazione temporanea di suolo ed area pubblica *tolerabile* il moderato *diritto* fissato nelle tariffe dal RE sancite.

I venditori con *posto fisso*, i venditori *con posto volante*, e generalmente coloro che del suolo e dell'area pubblica usano, intrattenendo le loro merci in modo da esser esposte per facilitare l'esercizio della loro industria, vanno soggetti a quel moderato *diritto di licenza di piazza* di cui trattammo nel n.° 553.—Questo cespite ch'è fra'proventi del Comune, si dà in affitto, ed è di grave prodotto per la Città di Napoli, riconosciuto negli stati discussi che ne reggono l'amministrazione.

Senza dubbio, se a rigore di legge volesse contra

ciascun di tali venditori procedersi ogni volta in cui occorre quistione di *non pagato diritto di licenza*, s' incontrerebbe in essi la qualità *di contravventori* — il giudizio di *multa* e di *danni interessi* contra costoro far si potrebbe con le forme di *verbale* di Eletto, e *sentenza* di Sindaco — Ma se il dazio conosciuto col nome di diritti *di piazza*, *di licenze*, *di spiazzi e permute*, *ec.* si trovi affittato, ed il conduttore del vettigale domandi *esiger* il moderato *dazio di tariffa* dal venditore renitente, come un *credito suo*, nulla curando di ricercar la *punizione* di colui, nel mentre che il venditore sostiene di *non dovere la quantità* che il conduttore gli richiede: questo giudizio di *debito-credito* nelle attribuzioni *di quale autorità* dovrebbe dirsi compreso? — In altri termini: il Sindaco competente per condannare a dann' interessi nelle sede di *giudizio di contravvenzione*, fra'quali *danni interessi* certamente sarebbe compreso *il diritto di piazza*, potrebbe non dirsi *competente per condannare* quel venditor renitente a *pagar la somma del diritto di piazza*, ove ciò formi il subietto *principale ed unico* della ricerca fuor della sede di un giudizio di *contravvenzione*?

La tariffa concede un diritto da esigersi se il tale faccia la tale cosa. Lo stato discusso racchiude una collettiva cifra numerica relativa a tale provento, malgrado che ne sia *incerto* il quantitativo, com'è incerto il numero de'casi, e sconosciuto il nome di colui che eseguendo la opera tale, potrà divenire nel tale giorno un debitore al pro del peculio comunale, e debitore della somma *tale*.

Finchè dunque il provento sta *in amministrazione*, *e non è ancora affittato*, gli agenti comunali incaricati della parte amministrativa, il Cassiere incaricato d' introitar secondo lo stato discusso, non possono fare che starsene osservatori del se il caso avvenga o pur no, del se il tale o il tale altro individuo vorranno far la tale cosa per la quale dovranno pagar il tale diritto additato dalla tariffa, e far sorgere in *concreto* il credito che la tariffa in *astratto* concedea — Quando *il tale* individuo *fa la tale cosa*, allora egli è già un *debitore:* ond'è che allora *è nato il diritto nel Cassiere* per esigere *dal tale* la *tale* somma, perchè il *tale* caso si è avverato.

Or quando *il tale* ricercato affinchè paghi il diritto di piazza, muova quistione qualsivoglia per dire *non dovuta la somma* che il cassiere da lui chiede, sorge allora la necessità di un *giudizio* di semplicissima indagine, ma di *vero giudizio*, in cui si tratta di *applicare il fatto alla legge;* ritenuta la tariffa sanzionata dal Re come la norma del *decreto* da emettersi, e ritenuta *la opera* che il tale ha fatto come *la causa motrice* dell'azione e dell'eccezione, su cui sorge la materia del contendere.

Avrebbe d'uopo in questo giudizio d'introdursi il procedimento con un *verbale* di Eletto? — Il Sindaco per definire su tal giudizio avrebbe uopo di seder al suo tribunale, assistito dal *ministero pubblico* in persona dello Eletto, com' è necessario ch'egli faccia per un giudizio di *contravvenzione*?

No — Il caso di *pagamento* del diritto dovuto per la tariffa è tutt' altro — il valore sovente è di minima importanza, così come di un mezzo grano,

di un grano, e di grana, secondo le varie specie la tariffa sanziona il provento — e gli elementi di fatto per lo più sono fugaci e si disperdon, quando non vengano rapidamente raccolti, come fugace è il venditor di fiori o di altro con *sporta*, che divien debitore di un tornese o di un grano per lo fatto solo di averla intrattenuta a terra.

La *giuridizione* che la legge al Sindaco dà nello art. 56 l. 12 dicembre 1816, quella è bastevole perchè egli disponga della forza pubblica in termini di *far eseguire gli ordini superiori scolpiti nella tariffa e nello stato discusso*, limitandosi a risolvere nello interesse del peculio Comunale *se il tale fatto* di cui summariissima indagine rapidamente raccoglie, operi o no un diritto ed un dovere: *diritto* del peculio comunale per esigere in concreto *la tale* somma; *doveri* nel privato *tale* per pagarla.

Nè solo per l'art. 56 l. 12 dicembre 1816 il Sindaco generalmente considerato ha questa giuridizione, ma per la città di *Napoli* il Sindaco l'ha più chiaramente da che nella tariffa sanzionata da S. M. (nel proemio di essa) son queste frasi « non » vi sarà particolare giuridizione nella esazione di » tal diritto, ma bensì quello solo che alla detta » Regia Portolania appartiene » — E poco dopo è un periodo così — « È antico sistema dell'officio » di Portolano sotto nome di *decreto*, concedere » con la condizione *ad nutum*, ed amovibile, e » purchè non incomodi il pubblico ed i vicini, » qualche spazio di luogo richiesto dalle parti per » la vendita de' generi . . . . E siccome ne' detti de» creti vien trascritto anche *l'importo del paga-*

» merito del diritto di *piazza che dovrà farsi per*
» *tali posti decretati*, così il piazzere, o affittatore
« dovrà farne la esazione a norma dello *stabilito*
» con detti *decreti* ».

Or pria della idea di *giudizio di contravvenzione* sta la idea di *conceduto uso di un posto*, a condizione che *si paghi la tale somma* a favore della Città — in altri termini sta la idea di un *decreto*, di un atto dell'autorità esercente giuridizione, in cui non si vuol fare *toglier l'ingombramento*; si vuol che l'ingombramento *venga pagato* — non si vuol *punire* colui che occupò il suolo o l'aerea pubblica, poichè questi si riconosce che non incommodò il pubblico nè i vicini; si vuol che il peculio comunale tragga *un provento dal permetter* che un privato esclusivamente si avvalga di ciò ch'è della famiglia collettiva, dando alla famiglia in danajo ciò ch'essa avrebbe diritto di godere in natura.

Le cose, vanno così, o che il cespite sia in amministrazione, o *che sia dato in appalto*. Imperciocchè quando un appalto se ne conchiude, il conduttore prende dal peculio comunale il *provento*, e non la *giurisdizione* — Subentra il conduttore in quella stessa attitudine che avea prima il cassiere, in quella *aspettativa* di un avvenimento per lo quale il tale facendo la tale opera divenga debitore della tale somma — Avverato il caso, come il cassiere avrebbe potuto aver d'uopo di quel giudizio compendioso e summario, così viene egli a ricercar del suo giudice in qualità di *attore* — Da *convenuto* figura quel tale che avendo fatto la tale opera gli deve il pagamento *della tale somma* sancita nella

tariffa. E come la giurisdizione prima dello afflitto stava *nel Sindaco*, e l'afflitto tocca *provento*, non tocca *giurisdizione*, è chiaro che questo giudizio ad istanza del conduttore del dazio vada fatto innanzi al *Sindaco* nella qualità di esercente giurisdizione per l'art. 56 l. 12 dicembre 1816.

Il Sindaco allora ascolta l'attore che è il *conduttore interessato*—Ascolta il convenuto che è il *privato renitente a pagare il dazio*—Raccoglie què fugaci elementi di fatto che l'attore gli addita, e *decide* se il privato *debba o pur no* in esecuzione della tariffa *la tale somma*—Lo scrive—Il giudizio compendiosamente è fatto.

Questa idea di giudizio non può iscambiarsi con quello di *contravvenzione* che è di sua natura una immagine di giudizio penale. Al Sindaco è dato l'ultimo anello della catena nella serie della giurisdizione punitrice—Egli in tutt' altra forma, non più tra *attore e convenuto* quali figurano in giudizio civile, sibbene tra un pubblico Ministero ed un imputato, commina *multa*, ordina risarcimento di danni, se tutta insieme questa condanna non oltrepassi il valor di ducati sei—Ma allora il subietto principale della ricerca è *la punizione di un colpevole*: la rifazione de' danni non è che un *accessorio*, una conseguenza del giudizio penale.

Mentre l'un giudizio nulla ha di comune con l'altro, giova purnondimeno ricercar *argomento di analogia* ne' principî che il legislatore ha sancito pe' giudizî di contravvenzione.

1. Fino *a ducati sei* il Sindaco pronunzia. Dunque egli ha una giurisdizione fra' cancelli della quale

stanno tutti gli articoli della tariffa da un grano fino a sei ducati, sol che la materia cui la tariffa si riferisce appartenga alla *occupazione di suolo pubblico e di area pubblica*, *materia* che gli art. 6. 7. et seg. della l. 21 Marzo 1817 *sottraggono alla giuridizione del potere giudiziario* — *materia* ch'esclusivamente alle autorità *del contenzioso amministrativo* appartiensi — *materia* nella quale, ove si tratti in figura anche più grave, in linea di *giudizio di contravvenzione*, il Sindaco sarebbe competente e per pronunziare *condanna alla multa*, e per pronunziare *condanna a' danni interessi*, fra i quali sta il *diritto* non pagato secondo la tariffa.

2.° Compete appello al Consiglio d'Intendenza dalla condanna pronunziata in un giudizio di contravvenzione da un Sindaco nel capoluogo di Provincia — Dunque dalla pronunciazione del Sindaco di Napoli in giudizio diretto a far pagare diritti di licenza relativi a posti, spiazzi ec. *per esecuzione della tariffa* competer deve l'appello al Consiglio d'Intendenza (art. 21 l. 21 marzo 1817.)

Questi principî giuridizionali furon discussi nel 1836 con molta accuratezza, ed oggi sono in piena osservanza — Giova conservar memoria di un elaborato rapporto del Sindaco di Napoli che discute se *gli Eletti* debbano essi, o invece *il Sindaco solo* debba render giustizia nel caso in cui *fuori del giudizio di contravvenzione* trattisi di *far pagare il moroso* — Il rapporto è del 24 febbrajo 1836, ed esprime così »

» Signor Intendente — col di lei foglio de' 16 dicembre ultimo Ella comunicò al mio antecessore

gli ordini di S. E. il Ministro degli affari Interni de' 12 dello stesso mese, co' quali accogliendo le domande dei Sig. Oliva, Landi, e Collaro *fittuari dei cespiti riuniti di questa città*, inculcò la osservanza delle disposizioni adottate in gennaro 1828 uniformemente al parere del Proccurator Generale presso la Gran Corte de' Conti intorno alla *competenza delle autorità che debbono conoscere delle contravvenzioni ai dritti di piazza, ed altri proventi giurisdizionali;* ed aggiunse che nella esecuzione di tali ordini avesse il Sindaco *destinato uno o più individui* i quali dovessero necessariamente accompagnare i fittuarî in certo dato tempo, ad oggetto che *trovandosi contravventori ai dritti di piazza, e licenze per posti e permute potessero condurli in di lui presenza, e così evitare ogni controversia che a tal riguardo potesse aver luogo.*

» Quindi con altro foglio de' 21 dello stesso mese Ella rinnovò i medesimi espedienti, e con esse confermò le misure adottate dal di lei antecessore *per esecuzione del contratto di affitto, e per rimuovere gli ostacoli degli Eletti nella esazione de' dritti di tariffa*, ostacoli che avevano dato luogo a tante liti, e prodotto gravissimi danni all'amministrazione.

» Il mio antecessore comunicò agli Eletti i di lei ordini nel 29 dicembre — ed era disposto, io credo, a darvi esecuzione da sua parte.

» Nel principio della mia amministrazione qualche Eletto mi fece osservare che le misure da lei prese erano di pregiudizio alle attribuzioni che

competono agli Eletti nella materia delle contravvenzioni.

» Io volli istruirmi degli antecedenti; e persuaso poi che nè gli ordini del Ministro, nè il parere di quel Magistrato avevano che fare nell' attuale quistione, mi lusingo di poter mettere in esecuzione i di lei espedienti con quell' accordo che mi sembrava conveniente tra me, e gli Eletti—*E come vedo che l' assunto degli Eletti conduce a minorare ed invadere le attribuzioni del Sindaco*, così aggiungerò le mie riflessioni per dimostrare

1.° che le osservazioni degli Eletti sono fuori di ogni proposito nella quistione attuale.

2.° che i di lei ordini sono conformi *al patto convenuto con gli aggiudicatarî*, *alle funzioni che competono per legge esclusivamente al Sindaco;* e fondati sulla giustizia, e sull' interesse dell' amministrazione comunale.

3.° che i miei espedienti sono tali che mettono in salvo la competenza degli Eletti ne' casi di contravvenzione —

» Preliminarmente parmi utile di distinguere, come naturalmente si distingue, la *contravvenzione* dall' *obbligo di pagare i dritti di tariffa:* in altra frase *il modo di procedere* nelle contravvenzioni *dal modo di esigere* i cespiti aggiudicati.

» La contravvenzione, il modo di procedere in essa, *è un interesse di giurisdizione*—l'obbligo di pagare, il modo di esigere i diritti di tariffa; *è un interesse dell' aggiudicatario — E contravventore chi viola le leggi ed i regolamenti municipali—il contribuente poi che non paga i dritti dovuti di tariffa è un*

debitore contumace—La *giurisdizione* non ha parte nello interesse dell'aggiudicatario; e per converso questi *non cura la punizione de' contravventori.*

» Con questa semplice distinzione si rende facilissima la dimostrazione delle mie proposizioni.

» *primo.* Gli Eletti pretendono nel verbale che *il processo delle contravvenzioni* sia di loro attribuzione; e che al *Sindaco* ne appartenga il giudicare, e si fondano sul parere del suddetto Procurator Generale,

» ma chi è che può mettere in dubbio questa massima?—Chi è che vuol limitar il diritto di provvedere in casi di flagranza intorno alla polizia urbana preveduti dall'art. 58 delle leggi del 12 dicembre 1826?—Chi è che vuol togliere loro contra il disposto dell'art. 1 della legge de' 25 marzo 1817 la *verifica* delle contravvenzioni contemplate dall'art. 6, *e* 7 della legge del 21 dello stesso mese ed anno?

» ora però non si tratta di questa quistione: i *venditori che debbono i dritti* di tariffa sono tutt'altro che gli *occupatori delle strade pubbliche*, *o di tutta*, *o parte della loro area*, dei quali trattano gli articoli 6, e 7 della legge del 25 marzo: Essi sono bensì *i contribuenti dei dritti di tariffa*, sono *i debitori dei cespiti comunali.*

» Tutt'altro ancora da quello che dicono gli Eletti disse il Procuratore Generale nel suo avviso del 17 dicembre 1827.

» allora egli prese in esame le contravvenzioni ai così detti *dritti*, *e licenze di fortificazione*, *di coloro cioè che costruissero*, *e rastaurassero edifizii*,

o. vi facessero novelle coperture esteriori senza debita licenza, e senza pagare i diritti di tariffa; ed assomigliandole a quelle dell' articolo 6 della legge del 21 Marzo, fu d' avviso *appartenersi al Sindaco, e non a' Giudici Regii di giudicare delle contravvenzioni — e non avere gli Eletti altro potere che quello d' istruire i processi, e di esercitare il pubblico Ministero*: dal che risulta ad evidenza che il Proccuratore Generale riconobbe negli Eletti il solo dritto di procedere nelle sudette contravvenzioni, ma non già quello di *mescolarsi nella esazione de' cespiti locati ai fittuarî del Comune*; non affatto *in quella de' diritti di piazza, delle licenze dovute dai venditori*, di che ora si tratta; nè lo avrebbe potuto pensare.

» siegue quindi da ciò che il *verbale* degli Eletti è fuori di ogni proposito nell' attuale quistione dei fittuarj, che chieggono *i mezzi per riscuotere da' venditori i diritti di tariffa loro aggiudicati*.

» *Secondo* — (Quì il Sindaco, parlando della convenzione stipulata col conduttore del vettigale, dicea così) »

»... a ciò si aggiunge *il patto del contratto di affitto stipulato sulle condizioni del Decurionato, riconosciute dal Consiglio d' Intendenza, ed approvate dall' Intendente*, ove nell' art. 10 si trova stabilito, che in ogni caso di *controversia tra gli esattori, così detti Piazzieri, ed i venditori*, debban costoro esser condotti *innanzi al Sindaco per le provvidenze opportune* — dal che si vede riservata *al Sindaco* la facoltà di *provvedere*, e dal che ancora i fittuarj possono fondatamente pretendere

una forza, ed *un Agente per essere assistiti nelle loro esazioni*, *come mezzi a conseguire il fine promesso* — Il *provvedere* dunque del Sindaco ne' casi di controversia non può negarsi nè per *legge*, nè per *patto*.

» Che se in questi casi si volesse quel *verbale di cui parlano gli Eletti*, tra che s' invaderebbe l' attribuzione del *Sindaco*, si renderebbe pure *difficilissima*, *e forse impossibile la esazione de' cespiti locati*; *poichè la loro natura*, *e la qualità de' contribuenti per lo più è tale*, *che volendosi premettere una verifica o non si troverebbe più il debitore*, *o stanchi gli aggiudicatarii ne abbandonerebbero il pensiero*, come che i dritti di tariffa sono per lo più di *tornesi*, di *grana*, e di qualche *carlino* — Se questi cespiti comunali restassero *inaffittati*, potrebbero gli Eletti pretendere *nella loro Sezione* il verbalizzare contro a' debitori renitenti? — E se essi no 'l possono nello interesse *diretto* della Città, no' l possono neppure *nell' interesse dei fittuarj*, *che* sono i suoi *delegatarj*, la condizione de' quali non si può rendere deteriore.

» egli è dunque, *che i di lei ordini* sono uniformi alle *attribuzioni del Sindaco*, e sono fondati sull' *amministrazione*, *e sulla giustizia*.

» *Terzo* — Gli espedienti che io era per prendere mettono in salvo ogni competenza degli Eletti in caso di contravvenzione.

» I diritti di tariffa dovuti dai venditori altri sono *per piazza*, altri per *licenze di posti* — i primi riflettono i *venditori ambulanti*, i quali godono il li-

bero *dritto di vendere*; e solo pagar debbono un *tornese*, un *grano*, allorchè si *fermano* in qualche piazza; *riflettono ancora i venditori con posti fissi per gli oggetti che mettono fuori*.

» I diritti poi di *licenze* riguardano *i soli venditori dei posti fissi* i quali non possono nè *uscire fuori delle loro botteghe*, *nè tener posti senza autorizzazione*.

» I *dritti dunque di piazza* escludono sempre ogni idea di *contravvenzione*; perchè si pagano da coloro che *non violano* regolamento alcuno municipale, o per la libertà che *hanno* di vendere, o per l'*autorizzazione*, che ne hanno ottenuta.

» I dritti altronde di *licenza* possono congiungersi con la *contravvenzione*; perchè vi possono essere venditori a posti fissi, i quali *non abbiano l'autorizzazione* del Corpo di Città.

» Nel primo caso la giurisdizione municipale non ha affatto interesse, ed il fittuario può a suo piacere o *non esigere il dritto di piazza*, o conciliarsi col venditore, o vero *astringerlo*.

» Nel secondo *la giurisdizione municipale* è indipendente dall'*interesse del fittuario* — e può procedere alla verifica della contravvenzione, anche quando il fittuario taccia — e questi può tacere anche per un segreto accordo col venditore — L'interesse adunque del *fittuario* è sempre *separato*, e distinto da quello della giurisdizione — e *quando costui reclama il suo diritto*, non resta impedito *alla giurisdizione il procedere sulla contravvenzione*.

» Altronde nella legge de'25 marzo la contravvenzione si denunzia al Sindaco — Ed il Sindaco, *in-*

nanzi a cui si conduce il debitore del diritto di licenza, se vi troverà argomento di *contravvenzione*, ne commetterà, come la legge vuole, la *verifica* all' Eletto.

» Di quì due conseguenze

» la prima—gli Eletti nel voler verificare le contravvenzioni, quando i fittuarj agiscono *per la esazione dei loro diritti*, limitano la giurisdizione municipale, che può procedere *sempre indipendentemente*.

» La seconda — l'agire *per la esazione* non toglie, anzi dà adito, al procedimento in linea di *contravvenzione*.

» Queste cose si sono prevedute nel bozzo de'miei espedienti; poichè da una parte lo dichiaro nell'uffizio da scrivere agli Eletti; dall'altra limitando le *funzioni degli Agenti a condurre in mia presenza i debitori renitenti*, conservo il diritto di giudicar nel caso che vi sia luogo a contravvenzioni, ed uso di quella *iniziativa* che mi concede la legge de'25 marzo nell'articolo 1. »—(Rapporto del Sindaco di Napoli al signor Intendente 24 *febbrajo* 1836).

Ecco la saggia risoluzione data su tale rapporto dal signor Intendente al Sindaco — e da quest'autorità diramata con circolare del 1 marzo 1836 a tutti gli Eletti della Città di Napoli.

» Dalla copia del verbale da lei rimessomi col rapporto dei 25 stante ho rilevato i ragionamenti de' Signori Eletti per giustificar *la ingerenza che credono dover prendere* nella conoscenza delle quistioni tra' fittajuoli de' cespiti riuniti di cotesto corpo di città, ed *i venditori soggetti al pagamen-*

to dei diritti di piazza, licenze di posti, spiazzi, e permute.

« Io convengo perfettamente nel di lei avviso, che cioè quando tali quistioni concernono semplicemente *la esazione di tali diritti*, è di sua *assoluta competenza* il deciderla, tanto per le norme generali di legge, che pel patto espresso nelle condizioni di affitto debitamente sanzionate: condizioni, che meritano la più scrupolosa osservanza.

» Quindi, replicando le disposizioni precedentemente comunicatele con autorizzazione di S. E. il Ministro degli affari interni, vengo ora a ripeterle di bel nuovo a destinar subito una persona di sperimentata probità, che di unita alla forza pubblica, ed a' fittajuoli, vada girando, quando il bisogno il richiede, per le strade di questa Capitale, ad oggetto di assistere i fittajuoli medesimi nella esazione degli anzidetti diritti fissati da' regolamenti—*E quando essi ritrovino dei venditori renitenti ad effettuire tal pagamento, sono facoltati di condurre alla di lei presenza l'interessato con gli oggetti, su' quali è dovuto il diritto controvertito*, purchè possa commodamente praticarsi, ed Ella *risolverà la quistione* in presenza delle *parti*, *circa il solo pagamento*, che si pretende da' fittajuoli, *senza infliggere alcuna multa* a' venditori.

» Laddove poi la *controversia riguardasse la occupazione di suolo pubblico senza autorizzazione*, *o per uno spazio maggiore di quello permesso da' regolamenti*, Ella farà verificare tali *contravvenzioni* per mezzo de' rispettivi *Eletti, ed indi ne giudicherà* a norma della Legge ». — (29 *febbrajo* 1836)

A 1 marzo 1836 le Instruzioni dal Sindaco date all'agente municipale che accompagnato da forza pubblica assiste i conduttori, furon così »

» 1. I fittuarj sudetti, o i di loro esattori dovranno esigere i *soli dritti autorizzati dalla tariffa*, *o per piazza*, *o per licenza di posti*, *di spiazzi*, *e di permute* — ed ella gli accompagnerà ne' di loro giri con la forza pubblica, che sarà a di lei disposizione.

» 2. La di lei prima cura sarà quella di usare ogni prudenza per *procurare pacificamente la riscossione* de' diritti dovuti da' rispettivi contribuenti a norma della tariffa sudetta, ricordando loro il dovere che hanno di pagare i pesi pubblici.

» 3. Dovrà rimuovere *tutti gli abusi* che possono derivare, sia dai contribuenti, sia dagli esattori, tenendo presente *la tariffa*.

» 5. Nelle differenze, *concilierà alla meglio* l' interesse dei fittuarî con quello de' contribuenti.

» 5. Se nella differenza *il dubbio nasce su di un dritto più o meno dovuto*, nè a lei riuscirà di conciliare le parti, insinuerà al contribuente di *venire con lei stessa*, *e con gli esattori in mia presenza*, *acciò io possa*, *intese le parti*, *dirimere le quistioni*.

» 6. Se il contribuente ricuserà di *venire innanzi a me*, Ella potrà, secondo le circostanze *o consegnare gli oggetti* che ne formano la quistione a qualche vicino maestro di bottega, e ne farà subito a me circostanziato rapporto, ovvero *gli farà trasportare nella casa della Città a Monteoliveto*, affine di poter io *dare le opportune provvidenze;* quando

però il trasporto non possa riuscire di danno, o di grave incomodo.

» 7. Se poi la ripugnanza di pagare *derivi da solo capriccio, o ostinazione; ed il contribuente non vorrà venire in mia presenza*, allora potrà ancora adoprare *un piantone* a di lui carico, specialmente se sia recidivo; e me ne farà come ho detto di sopra rapporto circostanziato—(*Instruzioni del* 1 *marzo* 1836).

N.° 556.

Piazza—Diritti—Pagamento—Sindaco di Napoli—Giurisdizione—Competenza—Tariffa interpetrata—Suolo non toccato—Ingombramento indiretto—Vetrina—Staffio

(v. n. 553, 554, 555)

La competenza del *Sindaco di Napoli* fuori della sede di giudizio per *contravvenzione*, in materia di *pagamento del diritto di licenza* dovuto dal venditore o dallo esercente industria per le cose che sottraggon senza danno altrui temporaneamente *il libero uso del suolo pubblico*, fu nel precedente numero analizzata — Or giova serbar quì memoria di una recente decisione del Consiglio d'Intendenza di Napoli resa a nostro rapporto; poichè sviluppa

essa, ed applica i principî *giurisdizionali* testè narrati; e tratta in pari tempo la non meno interessante quistione *interpetrativa*, del se lo spirito della tariffa importi ciò, che *senz' appoggiare materialmente* un corpo *tutto* sul suolo pubblico, senza far toccare sulla terra la superficie esterna di esso *tutta intieramente*, debbasi nondimeno pagar il diritto così detto di *licenza*.

In tale decisione, dopo essersi analizzate le superiori disposizioni anzi espresse, n'è fatta l'applicazione e lo sviluppo così

» ..ne' termini adunque di quella giurisdizione, di cui il Sig. Intendente scriveva al Sindaco di Napoli l'uffizio del 29 febbraio 1836, il Sindaco di Napoli, rappresentato dall'Eletto Sig. Colombo, veduto che un chincagliere Raffaele de Luca tenesse la così detta *cacciata* innanzi la bottega che esercita nella strada S. Sepolcro a Toledo num. 102, oltrepassandone la soglia — che tenesse là degli *oggetti esposti in vendita* — che occupasse uno *degli staffi laterali* della bottega con *scanzia* ripiena di oggetti, attaccata alla porta, *ma sporgente in fuori* — Ritenuto che i fittuari accompagnati da un agente municipale, presentatisi a quella bottega per riscuotere un *grano al giorno* per la cacciata, ed un *grano al giorno* per la vetrina, quegli il de Luca ricusato si fosse, *sostenendo non esser tenuto a pagamento per diritto di piazza*: intese le parti nelle loro vicendevoli deduzioni, analizzò la tariffa, e rigettando la eccezione *d' incompetenza*, con deliberazione del 20 luglio 1837 pronunziò che il Chincagliere Raffaele de Luca *pagasse a' fittuari il*

diritto di piazza corrispondente a grana due, uno per la occupazione dello staffio con scanzia — ed uno per la cacciata che oltrepassa la soglia, da intendersi questo debito *quotidiano* fino a che egli usassè tanto della cacciata, quanto della vetrina.

» Raffaele de Luca appellò — Il Consiglio spedì la ordinanza di comunicazione che fu notificata ai conduttori del vettigale — Gli appellati produssero le loro difese — L' appellante innestò al giudizio una quistione d'*interpetrazione della tariffa* sovranamente approvata, e pubblicata nel 20 dicembre 1823, sostenendo la seguente tesi.

» Secondo i principî generali stabiliti nella ta-
» riffa in esame, per essere un venditore soggetto
» al pagamento del diritto di piazza, deve co'suoi
» oggetti esposti in vendita, ed in qualunque mo-
» do *occupare il pubblico suolo*; se la circostanza
» della occupazione non vi concorre non si veri-
» fica il pagamento dei diritti — Or non vi può es-
» sere occupazione del pubblico suolo se non in-
» gombrando e *toccando il suolo* medesimo — Nella
» specie nè la vetrina che trovasi *sospesa alla*
» *porta*, benchè questa spieghi nella parte *esterna*
» della bottega, nè la cacciata la quale se oltrepassa
» la soglia, pure trovasi attaccata al pancone che
» giace nello *interno* della bottega, *nè l' una nè*
» *l'altra per conseguenza toccano il suolo pubbli-*
» *co, quindi non sono soggette al preteso paga-*
» *mento del diritto di piazza* ».

» Per la qual cosa egli ha chiesto che il Consiglio, interpetrando e spiegando la tariffa dichiarasse che secondo i dettami nella medesima stabiliti, nè

la vetrina *attaccata alla porta* esterna della bottega, nè la cacciata innanzi alla medesima vadano sog-gette al pagamento del diritto di piazza, e che vengano i fittuarî condannati al risarcimento dei danni interessi, e delle spese del giudizio.

» Con atto del 15 giugno 1838 i conduttori Oliva, Landi e Collaro han detto che chiunque, o con *posto fisso* o con *ambulanza*, tenga *esposti generi* in vendita in pubbliche strade, *pagar deve* secondo la tariffa il diritto di piazza—che la eccezione a questa regola si fa unicamente nel caso in cui il venditore porti *a mano*, o in *testa* una *sporta*, o sulle *spalle*, o nelle *braccia* sostenga girando per la città il genere che vuol vendere, senza fermarsi in alcun sito *a far posto* — Di tal che fermandosi come di permanenza *l'uomo*, ancorchè non poggiasse a terra i generi che vuol vendere, egli diviene debitore del diritto di piazza —Dunque esponendo permanentemente in vendita in una pubblica strada un oggetto, il dazio diviene dovuto.

Hanno fatto la distinzione tra la idea di occupa-*zione*, e la idea di *contatto*, spiegando che vale occupazione ogn' impedimento messo a ciò che si possa fare *altro uso dello spazio occupato*, quando anche la cosa occupante *non tocchi* materialmente il suolo.

Applicando questo concetto hanno osservato che la *vetrina*, così come il pancone, e qualunque altro mezzo di *esporre in vendita* oggetti, questa conseguenza producano, che il pubblico traffico ne rimanga impedito — **Ed hanno rimarcato una osservazione, che per sostegno di un pancone**

basta un piede solo, di cui la circonferenza può finire in una punta esilissima—Nondimeno si valuterebbe come *occupato* lo spazio dello sporgente pancone, anzichè risguardarsi la modica superficie di suolo su cui è attaccata la estremità del sostegno— In vece di poggiare a terra quel piede, una vetrina offre la sua *sporgente base* aggrappata al muro o ad una porta di una bottega — Ciò nondimeno la mensola, per quanta superficie occupa la vetrina, induce l'ingombramento, ed apre l'adito alla ricerca di occupazione.

» Hanno richiamato l'attenzione del Consiglio su di ciò che la tariffa induca pagamento del diritto di piazza per qualunque occupazione di staffì.

» E, traendo argomento dalla così detta *cacciata*, han detto i conduttori: essa non è che una prolungazione di un pancone, il quale sta nello interno della bottega—Pur nondimeno, se la cacciata oltrepassa la soglia, essa opera il pagamento del diritto, malgrado che essa non tocchi il suolo pubblico — Con questi argomenti hanno essi inteso di dimostrare che nello spirito della tariffa stiano i principî ritenuti nella deliberazione del Sig. Colombo funzionante da Sindaco, dalla quale de Luca ha appellato—Il Consiglio, udito il rapporto del Consigliere Cav. Vaselli, ha elevato le seguenti quistioni

1.° La deliberazione fu emessa *competentemente* o pur no?

2.° Le scanzie e gli oggetti esternamente attaccati alle porte della propria bottega, e *sporgenti* al di fuori, sono o no soggette al pagamento del dirit-

to di piazza?—Lo è qualunque cacciata innanzi alle botteghe, quando anche non poggiasse a terra?

3.° Che per le spese?

» *Sulla* 1.—Considerando esser vano il rimettere in disamina se appartenga agli Eletti anzichè al Sindaco la giurisdizione per pronunziare quando si tratti di applicare al fatto il diritto che riviene dalla tariffa, unicamente per dire *se* e *quale somma* debba il venditore al conduttore de' proventi conosciuti sotto il nome di piazza, spiazzi, permute e licenze—Fu una epoca in cui gli Eletti dubitarono del se nella Città in Napoli il decidere della contravvenzione a' così detti diritti e licenze di *fortificazione*, fosse o pur no loro appartenuto — Il pubblico Ministero presso la G. C. de' Conti diede un parere — Una Ministeriale del dì 8 gennajo 1828 lo approvò — E là veniva spiegato come nè ai *giudici di circondario*, nè agli *Eletti*, competesse di sentenziare sulle contravvenzioni ai diritti ed alle licenze di fortificazione, sibbene al Sindaco, od a chi per esso in caso di suo impedimento — Sta in uffizio del Sig. Intendente, indirizzato al Sindaco di Napoli il dì 12 aprile 1828, che il Sindaco è competente nelle occupazioni del suolo, dell' area pubblica *in qualsivoglia modo*, e sta più chiaro il concetto in un ufizio del 15 marzo 1830, in cui l'Intendente scrivea così:

» Signor Sindaco — Gli attuali affittatori delle
» piazze si dolgono (non senza annunciare che fa-
» ranno, occorrendo, delle proteste legali) che i Sig.
» Eletti sono ritornati a certe antiche loro preten-
» zioni di dover essi giudicare ne' casi di contra-

» venzione, *sotto il rapporto di pagamento de' di-*
» *ritti di piazza*—Non è più il luogo da discutere
» di nuovo le tanto dibattute dottrine di giurisdi-
» zioni municipali, che bensì potrebbe dimostrarsi
» esser *tutta nel Sindaco*, e dalla legge delegata in
» certi casi particolari agli Eletti per vedute me-
» ramente economiche, non potendo sempre il
» Sindaco esser presente in ogni luogo, o adempire
» a tutte le prerogative dell' amministrazione Co-
» munale—Non è il tempo, diceva, di queste discus-
» sioni, anche *perchè trovasi stipulato nel contrat-*
» *to*, *e propriamente nell' art. XI. delle condizioni*
» *da me stabilite, di doversi il contravventore por-*
» *tare innanzi al Sindaco per le opportune prov-*
» *videnze*—Ed a rendere eseguibile questa parte del
» contratto, dovei scrivere al Sindaco del tempo,
» con la data 31 luglio 1836 n.° 2679, che de-
» stinasse uno o più agenti accompagnati da com-
» petente forza per secondare i piazzieri nell' eser-
» cizio delle loro funzioni, particolarmente nel tra-
» durre i contravventori innanzi al Sindaco—San-
» no i Sig. Eletti che un contratto sollennemente
» stipulato non si può vulnerare a capriccio; nè
» io credo ch' essi il possano, perchè sarebbe vio-
» lato ogni principio di diritto, ed il Comune
» è esposto sicuramente a sofferire delle gravi perdite
» sotto il titolo di escomputo, o di rifazioni di
» danni ed interessi che non si manca mai di al-
» legare sino alla esagerazione in simili casi ».

Laonde fu *competentemente* che il Signor Co-
lombo rappresentando il Sindaco impedito, emise
la deliberazione avverso la quale si è appellato,

Sulla 2.°—Considerando che è *generica* la espressione della tariffa—Ivi si legge— *basta che ciascuno occupi suolo pubblico* per l'esercizio della vendita » de' generi con posti decretati, o volanti, o in » *altre forme*, son sempre soggetti al detto diritto » con le condizioni di sopra stabilite ».

Ed altrove nella stessa tariffa leggesi così—« *Nelle* » *occupazioni per vendite di altri generi non pre-* » *visti nella presente tariffa*, *il diritto di piazza* » *dovrà sempe pagarsi a norma della medesima* ».

« Il suolo pubblico non è occupato se lascia libero il varco a chicchesia fino alla parete perpendicolare di confine—Ogni ostacolo che si frapponga al libero trasito di chi rasente il muro voglia percorrere il suolo pubblico, ciò costituisce *occupazione*, qualunque sia la forma dell' ostacolo — Ed a prescindere dal ragionamento premesso alla deliberazione di cui è appello che va ritenuto, senza dubbio è così che *lo sporgente* si valuti per quanto *sottrae* al passaggio libero, non per quanto coi suoi sostegni *toccar possa la terra*—Non è per lo *attrito* consumatore del pavimento; è sibbene per lo ingombramento al libero passaggio che principalmente è stabilita la tariffa — L'appiccar una mensola aggettata, sporgente in fuora comunque sulla parete perpendicolare al pubblico suolo, ciò significa *occupar suolo ed area pubblica*, perchè la famiglia collettiva *non può liberamente usare* passando, di quell' ambito che a piombo sta al di sotto, ambito che *era suo* non del *privato*, e che il privato ov'esclusivamente vuol per se, ne deve alla famiglia colle riva in rivalsa offerir un provento.

» È lo stesso in quanto alla *cacciata*, se non che più chiaro è il concetto per essa—una positiva disposizione della tariffa esprime così « Saranno per-
» messe le così dette cacciate avanti le *botteghe*—
» Esse non saranno soggette al pagamento, qualora
» non eccederanno la soglia — ed oltrepassandola
» si dovrà prendere disposizione del Portolano, sta-
» bilire il palmaggio, ed avrà luogo il pagamento
» del corrispondente diritto di piazza » — Ond'è che fuori dubbio, sia la vetrina, sia la cacciata, sol che eccedano la linea della soglia, vanno al diritto di piazza assoggettate — Ed è perciò che il primo Giudice ha ben fatto applicando al caso di Raffaele de Luca la tariffa, e decretando che egli paghi un grano per la occupazione dello staffio con scanzia, un grano per la cacciata che oltrepassa la soglia, e ciò fino a che farà uso della cacciata e della vetrina — E l'appello non trova fondamento di giustizia. — Se non che, avendo la tariffa per le cacciate imposto l'obbligo a chi possa goderne di far determinare *il palmaggio perchè non venga ecceduto in danno del pubblico*, giova soggiungere la spiegazione di quest'obbligo a scanso di abuso.

Sulla 3.ª —Considerando che le spese ceder debbano a carico del soccumbente.

Per siffatte considerazioni

» Diffinitivamente pronunziando intese le parti con l'intervento del Sig. Commendatore Intendente Presidente.

» Il Consiglio rigetta l'appello—Ordina che la deliberazione del Sindaco di Napoli, rappresentato dall'Eletto Sig. Colombo, resa il 20 luglio 1837 con-

tra Raffaele de Luca chincagliere, sortisca il suo pieno effetto e vigore — Soggiungendo dichiara che la cacciata di cui finora ha usato Raffaele de Luca vada soggetta a stabilimento di palmaggio, per tanto quanto il Sindaco definirà non apportare al pubblico ed a' vicini incommodo, e sotto questa condizione vada soggetta al diritto di tariffa indicato nella deliberazione confermata.

» Condanna l'appellante alle spese — (26 giugno 1838 — Causa De *Luca*, *Landi*, e *Collaro*) ».

N.° 557.

Appello — Rinuncia presunta — Ammessibilità — Benignorà praeferenda

(v. n. 528)

» Un pagamento vedeasi fatto dopo la sentenza di condanna — Ma non era con chiarezza enunciato che ciò importasse accettazione della sentenza — Fu interposto l'appello, e dubitandosi dell'ammessibilità del gravame, giova notar come la suprema Corte di giustizia ne abbia opinato, approvando quel che la G. C. avea per l'ammessione dell'appello pronunziato.

» In un pagamento di cui è quistione, fatto non in danaro ma in somministrazione di grano, non si scorge certamente un'acquiescenza tale alla sentenza che presenti una chiara e precisa volon-

tà di renderla esecutiva — L' appello è un rimedio che la legge accorda al soccumbente, rimedio al quale non si rinuncia per via di presunzioni — e nel dubbio trionfa la regola *benigniora praeferenda sunt* — *benigniorem interpretationem sequi non minus justius est*, *quum tutius* — l. 61 e 142 de r. j. »—(Corte suprema di giustizia di Napoli 19 aprile 1838 causa *Vitale*).

N.° 558.

Giurisdizione-Ripetizione-Giudicato-Annullamento—Competenza.

(v. n. 106, 324, 540, 546)

Reso il giudicato dalla G. C. civile, fu spinta rapida la esecuzione di esso, e fu pagato l' effetto della condanna — Ricorso alla suprema Corte essendosi interposto, viene accolto, e la decisione è annullata — Trattasi di ritoglier le quantità soddisfatte mentre il giudicato vivea — e vuol sapersi innanzi a qual giudice competentemente vada statuita la domanda di ripetizione.

La ragione di dubitare viene dall' art. 536, e dagli art. 595, e 596 l. d. p. c.— ed una sentenza del tribunale civile di Potenza, resa in agosto 1836 su questi articoli versando, negò ad un giudice Regio la competenza, malgrado che si trattasse di duc. 50 pagati a titolo di spese per effetto di una

decisione del 1828, annullata l'anno seguente dalla Corte suprema — Dubitò il tribunale che quest'azione per ripetere l'indebito, poichè era fondata sull'arresto della suprema Corte, o dovesse dalla Corte suprema farsi decidere, o dal giudice di rinvio della causa principale.

D'altra banda si dicea che la ripetizione dell'indebito, non dall'arresto nascesse, sibbene dalla legge — quindi per violazione dell'art. 536, e per viziosa applicazione degli articoli 595 e 596 l. d, p. c. ricorrevasi in Corte suprema contra la sentenza che dichiarato avea incompetente il Regio Giudice.

La Corte suprema ha sviluppato con sodo ragionamento i principî regolatori di questa materia giurisdizionale, e fra le considerazioni dello arresto sono le seguenti

» Considerando, che l'annullamento di un giudicato pronunziato dalla Corte suprema importa necessariamente di rimettersi le cose nello stato in cui erano prima di profferirsi il giudicato che ha formato l'oggetto dell'annullamento, secondo ch'è statuito nell'articolo 596 del rito, e secondo che per disposizione dello stesso articolo viene fedelmente espresso in ciascuno arresto della suprema Corte — Da quì è che chi in forza del giudicato annullato ha pagato delle somme, ha diritto a ripeterle per lo disposto negli articoli 1188, e 1330 leg. civ. i quali fissano il principio che è soggetto a ripetizione ciò che si è pagato senza esser dovuto.

E questo appunto è ciò che chiamasi ripetizione d'indebito, o sia *condictio*.

Che il diritto a ripetere l' indebito non ha per base altro titolo che l' arresto della Corte suprema.

Che chi esercita cotesto diritto, non fa che chiedere la esecuzione dell' arresto—Or lo scioglimento della proposta quistione dipende dal sapere a qual Giudice appartiene di conoscere della esecuzione degli arresti della suprema Corte.

Che il Giudice della esecuzione non può essere la stessa Corte suprema, a motivo che questo supremo collegio non giudica dell' interesse de' litiganti, ma soltanto di quello della legge—In conseguenza di questo principio, sorto il dubbio se la Corte suprema, allorchè rigetta il ricorso, e condanna il ricorrente alle spese, poteva nel tempo stesso farne la liquidazione, S. M. con Rescritto del 16 di settembre 1835 rispose negativamente, sulla considerazione, che ogni esame di fatto non entra nelle attribuzioni di questo collegio, destinato unicamente a dirigere gli atti dei magistrati intorno al senso ed all' applicazione delle teorie di diritto.

Che per questo medesimo principio si è deciso dalla stessa Corte suprema, che non può chiedersi la restituzione delle cose nello stato precedente al giudicato annullato, cominciando con un precetto di Usciere; perciocchè sorgendo delle difficoltà sulla esecuzione del precetto, non può la Corte suprema conoscerne.

Che esclusa per la esecuzione, la Corte suprema, resta a vedere se possa esserlo la Gran Corte, o Tribunale che deve decidere in grado di rinvio—

E per la esclusione anche di questi collegi, si osserva, che il giudice di rinvio è incaricato di riesaminare ciò che esaminò il giudicato annullato — Ma la ripetizione dell'indebito, la restituzione delle cose allo stato anteriore al giudicato annullato. è una quistione tutta nuova, e straniera alla causa del merito—Mancherebbe di giurisdizione il giudice di rinvio, se della ripetizione dell'indebito giudicasse.

Che di fatti la giurisdizione al giudice di rinvio non è delegata dalla Corte suprema, perchè l'esame rinviato riguarda il merito—Non è delegata dalla legge, poichè la esecuzione dalle sentenze appartiene al giudice che le ha pronunziate, tranne quelle de' tribunali di Commercio (art. 653 leggi di eccezione) — Così è che il giudice Regio conosce della esecuzione delle proprie sentenze—(art. 97 proc. civ.).

Vale la stessa regola pei tribunali civili (art. 536 dello stesso rito)—La Gran Corte stessa può conoscere della esecuzione, quando la decisione in grado di appello è tutta sua per essersi rivocata quella del primo giudice (articolo istesso)—Or nella specie se sulla dimanda della ripetizione dell'indebito pronunziasse il giudice del rinvio, conoscerebbe della esecuzione dell'arresto della Corte suprema, non del proprio giudicato, e questo appunto resiste al sistema giurisdizionale.

Che l'arresto di annullamento contiene due parti fra loro distinte e diverse—la prima è dichiarativa di censura, e la seconda è dispositiva—La prima

va soggetta al nuovo esame in grado di rinvio; la seconda è il soggetto della esecuzione—La prima è nello interesse della legge—La seconda nello interesse delle parti—La seconda, e non la prima è esecutiva—Nella esecuzione della seconda, e non della prima possono sorgere delle quistioni—Ma della esecuzione dell' arresto per la parte esecutiva, non può conoscere il giudice di rinvio — E questo si è dimostrato già.

Nè vale il dire che la ripetizione dell' indebito sia un incidente del giudizio di rinvio, e che per conseguenza vada di necessità riunito al giudizio di merito.

Gl' incidenti si chiamano *incidenti*, perchè formano parte della causa del merito, e possono esser decisi preventivamente, o riunirsi al merito (art. 432 leg. di proced. civ.) — All' opposto la ripetizione dell' indebito non solamente non forma parte del merito, ma è incompatibile con la causa del merito — Eccone la dimostrazione.

Gl' incidenti decisi prima, o unitamente alla causa del merito pregiudicano il merito, e qualche volta lo assorbiscono, e lo inutilizzano — In materia di ripetizione d' indebito qualunque decisione profferita non impedisce che si decida del merito — Dunque la ripetizione non pregiudica il merito — dunque non ha rapporto col merito — dunque non è incidente.

Per regola generale gl' incidenti possono riunirsi al merito—La dimanda di ripetizione, se si riunisce al merito nel giudizio di rinvio, l' arresto ri-

mane paralizzato, ove il giudice di rinvio decide in senso del giudicato annullato.

Decisa la causa di rinvio l'arresto di annullamento per la parte esecutiva continua ad essere in vigore, dappoichè il giudice di rinvio non ha facoltà per annullarlo—In conseguenza, anche dopo la decisione di rinvio si può chiedere la restituzione dell'indebito—Decisa la causa in merito cessano tutti gl' incidenti: Ma nella specie la ripetizione d' indebito sussiste dopo la decisione del merito—Dunque non è incidente.

Esclusa la idea d' incidente ne siegue che la ripetizione sia un novello giudizio che di slancio non può portarsi alla conoscenza della Gran Corte in grado di rinvio, senza offendere la legge organica sul doppio grado di giurisdizione.

Che escluso per le cose dette il giudice di rinvio, è chiaro che il giudice della esecuzione dell' arresto di annullamento, o per dirla in altri termini, il giudice della restituzione *condictione ex lege*, lo sia o il giudice Regio, o il tribunale del domicilio del convenuto, secondo il valore della dimanda, ai termini dell'art. 21 della legge organica, e degli articoli 91, e 669 della procedura civile.

Che in conseguenza dell'esposte teorie la sentenza denunciata, avendo fatta una falsa applicazione degli articoli 536, e 595, 596 della legge di procedura civile, sia sotto tutt'i rapporti censurabile — (Corte suprema di giustizia di Napoli 29 maggio 1838 — *Borsa* contra *Ricciuti*, e *Guerregiante*).

N.° 559.

Colpa—Negligenza iscusabile—Legato Frutti—Interessi-Cosa altrui-Quinquennale prescrizione non pertinente

(v. n. 498)

» *Culpa caret qui scit, sed prohibere non potest*; (*l.* 50 *de r. j.*)

» *Nullum crimen patitur is qui non prohibet, cum prohibere non potest.* (l. 109 de r. j.)

Invocava siffatti canoni la Corte suprema di giustizia in un recente arresto, e gli applicava alla specie seguente.

Era scritto erede in un testamento dell' anno 1800 il Monte della Misericordia — e vedeasi scritto un legato a favor di un terzo nella somma di duc. 2000 con le loro annualità corrispondenti tra un capitale di maggiore somma dovuto alla testatrice— L' annualità dovea decorrere però a favore del legatario quando taluni vitalizî sarebbero estinti — Il Capitale legato era fruttifero alla ragione del 3 e mezzo per cento.

In forza delle legge del 4 di maggio 1810 quel tale che corrispondeva le annualità del *quandocumque* affrancò nel 16 dicembre 1813 *in cedole* il suo debito capitale che era di maggior somma di que' ducati duemila dovuti al legatario — Le ce-

dole furon versate in gennajo 1814, ed in marzo dello stesso anno furon pagati gli arretrati al Monte della Misericordia per saldo del capitale affrancato.

Il legatario domandava contro al Monte il pagamento del legato di duc. 2000 con gl' interessi dal giorno in cui si erano spenti que' vitalizî che formavano condizione sospensiva del legato.

Rispondeva il Monte che il capitale legato si fosse perduto nel vortice di quelle affrancazioni in cedole, e che quantunque un Decreto del 21 dicembre 1815 accordato avesse al Monte un compenso per la perdita sofferta, purnondimeno quel compenso fosse stato *ob causam* dato, ed esclusivamente addetto alle pie opere de' bagni in Ischia, e delle elemosine che son due fra le classiche opere di pietà, cui il Monte della Misericordia è chiamato.

A 23 dicembre 1836 il tribunale civile condannava il Monte a pagare duc. 2000 di capitale—più gl' interessi al 3 e mezzo per cento dal giorno in cui si erano estint' i livelli vitalizî.

Appellava il Monte

1. perchè il cespite legato nella seguita affrancazione in cedole era venuto a deperire

2. perchè l' intiero compenso assegnato al Monte era stato ad esso dato per adempier opere di pietà

3. perchè i frutti non poteano dirsi dovuti, se non dal giorno della domanda

4. perchè nel calcolo de' frutti, la quinquennale prescrizione resistea ;

Ed appellava per incidente il legatario

1. perchè il Monte avrebbe potuto impedire l'affrancazione del cespite legato e no 'l fece

2. perchè mal erasi fissato il giorno dal quale gl' interessi cominciar poteano a decorrere.

La G. C. civ. di Napoli a 15 di febbrajo 1837 dichiarò che il Monte non fosse tenuto a risponsabilità per *non aver impedito* l' affrancazione del capitale legato: benvero fosse tenuto verso il legatario per la rata de' compensi che aveva ottenuto dal Re « corrispondente al Capitale senz' alcuna deduzione per le spese necessarie per la opera de' bagni d' Ischia, e delle limosine »—Condannò il Monte a pagare l' annua rata de' compensi suddetti dal giorno *della domanda giudiziale*, da liquidarsi.

Omise il Monte il rimedio del ricorso in quanto alla parte che gli era nociva—Il legatario solo ricorse

1. diss'egli violati gli art. 1336, 1337 l. c., perchè il Monte avea cagionato col fatto proprio un danno al terzo, quando non aveva impedito l'affrancazione in cedole di quel capitale — ed impedir lo dovea deducendo che fino a duc. 2000 appartenesse ad un legatario *privato*, e non *ente morale*

2. disse violata la legge 10 § 1 *de alimentis et cibariis legatis*, nella quale Papiniano esprimea così » *Verbis fideicommissi pure manumisso* praeteriti quoque temporis alimenta *reddenda sunt*, *quamvis* tardius *libertatem recuperaverit*, *nec heres* moram *libertati fecerit — Tunc enim explorari* moram *oportet*, *cum de* usuris *fideicommissi quaeritur*, *non* de ipsis *fideicommissis* » — Quindi il ricorrente disse aver la G. C. confuso gl' interessi dovuti per *mora* dallo erede, con quegl' interessi che producea come *frutto accessorio* la cosa legata.

La Corte suprema in quanto alla voluta rispon-

sabilità del Monte per non avere impedito l'affrancazione ha rigettato il ricorso, considerando che ove delle trattative di affrancazione il Monte fosse stato consapevole, pure non era in sua facoltà d'impedirla — e che non l'*intiero* capitale era stato legato ad un particolare, ma una *parte* sola di esso, onde la parte spettante al pubblico stabilimento era di sua natura affrancabile; e non potendo scindersi l'affrancazione, sarebbe stato vano per parte del Monte il frapporre ostacoli a quell'affrancazione.

Laonde ha scritto così la Corte suprema

« che per le cose dette la domanda de'danni interessi contro del Monte per la non impedita affrancazione è rispinta dalla regola di diritto *culpa caret qui scit sed prohibere non potest — Nullum crimen patitur is qui non prohibet cum prohibere non potest* ».

Cade ora opportuno il narrare come l'altra quistione sia stata dalla suprema Corte risoluta in quanto alla *data* da cui partir dovesse il calcolo degl'interessi — Ha la suprema Corte cassato la decisione, considerando che il legatario non avea preteso gl'*interessi moratori*, ma i *frutti della cosa legata* — Frutti che formano parte del legato che dalla testatrice furono disposti a favore del legatario — frutti che per legge a lui si trasmisero unitamente alla cosa legata dal giorno *della morte* della testatrice per ministero di legge, senza bisogno d'interpellazione allo erede (969 l. c.)

E poichè risalendo ad epoca annosa avrebbe potuto forsi obbiettarsi la quinquennale prescrizione, quindi la suprema Corte ha dileguato siffatto dub-

bio in un modo ch' è degno di grave attenzione, e può aprir a conseguenze l'adito in molti casi per analogia.

» Non ignorando l'erede *che la cosa legata non era sua*, e che non avea titolo alcuno a possederla, *non può neppure in quanto a' frutti giovarsi della prescrizione quinquennale* — perciocchè il possesso senza titolo, o per dirla in altri termini il possesso non a titolo di proprietà, non è sufficiente a prescrivere (art. 2135 l. c.) »—La suprema Corte ha soggiunto che in quanto a' frutti del compenso accordato al Monte, questo *anzichè essere stato mai legittimo possessore*, dovea per quanto riguarda la somma di que' duc. 2000 esser considerato « *un semplice detentore a nome altrui* » — (Corte suprema di giustizia di Napoli causa *Gesualdo*, de *Sangro*, e *Monte della Misericordia* 1 maggio 1838).

N.° 560.

Possesso interrotto—Azione possessoria—Anno decorso—Titolo combattuto—Servitù periodica—Prescrizione pel non uso

(v. n. 167, 321, 451, 524, 559)

Era del 1750 il titolo che si producea come so-

stegno della *qualità non precaria* del possesso; e nel Giudicato di pace del cantone di *Brecey* sosteneasi che alla vedova *Adgot* competesse di passare nel cortile di *Daves* suo vicino, e là mettendo una scala provveder alle riattazioni nello edifizio confinante della vedova — Come *Daves* con vie di fatto impediva lo ingresso, così la quistione impegnavasi in linea *possessoriale*, onde fosse l'attrice mantenuta nel godimento della servitù.

E 'l convenuto rispondea che il passaggio nel cortile fosse stato nel 1750 convenuto: ma con l'accesso, non dalla porta principale del palazzo, bensì per un'altra via, la quale da quarant'anni ormai fosse chiusa; di tal che la vedova pel *non uso* incorsa fosse nella *trentennale* prescrizione — In secondo luogo osservava che oltrepassato fosse l'*anno*; che ben *varî anni* fossero decorsi, e non mai la vedova fatto avesse passar gli artefici di là, ad occasione di riattare il suo edifizio; onde l'estremo del *possesso annale* non concorresse.

Il giudice raccolse pruova così « da lunghi anni, sempre che il tetto della casa posseduta dalla vedova ha avuto d'uopo riparazione, ha fatto questa passar artefici, scale, materiali, a tal fine, per la strada pubblica entrando nel cortile di *Daves*, senza menom'ostacolo da parte di lui » — Egli ritenne che, quando fu chiusa l'altra via, una tacita convenzione fra le parti, conservando la servitù costituita nel titolo del 1750, ne lasciò l'esercizio per la porta principale da cui si ha l'accesso al cortile serviente — Ritenne che l'esercizio successivo della servitù in tutte le volte in cui la casa

della vedova ne avev' avuto la necessità, mantenuto avesse colei nel possesso — quindi all' *azione possessoria* fece diritto.

Appello — Il tribunale ragionò così

1. « attesochè la servitù di cui trattasi è *periodica* — Essendo tale, non ha potuto cominciar contro ad essa la prescrizione, se non dal giorno in cui, *venuta la necessità di usarne, siesi abbandonato l' esercizio di essa*

2. « attesochè, lungi dallo essersi nel giudizio un tal estremo pruovato, sta per fatto *che cinque in sei anni fa* siesi esercitato il diritto, passando gli artefici con le scale

3. « attesochè questo esercizio, costituendo il *possesso del diritto di servitù*, questo possesso intender deesi legalmente *perpetuato e conservato* sino all' ultimo impedimento di usarne inferito alla vedova; poichè nel tempo decorso nulla erasi fatto che potesse mettervi ostacolo

4. « attesochè, esistendo il possesso più che *annale*, e la *turbativa infra l' anno*, non v' è ragione per rivocar l' appellata sentenza

5. « attesochè quella sentenza non può rivocarsi col dir che meno il *fatto* e più il *diritto* facea materia di lite — il passar con le scale *fonda sul titolo* — il proprietario del cortile serviente avea la facoltà di *cangiar direzione* per la entrata in esso, fermo però il passaggio per un' altra via sostituita alla prima; e si presume *operato nello interesse del proprietario istesso* il cangiamento, ove si osservino e le costruzioni fatte nell' antico luogo per lo quale entravasi, e l' uso del nuovo ingresso non contrad-

detto agli uomini con le scale — *il passare con le scale* non è men vero che siesi conservato, abbenchè il *passaggio per arrivare al cortile* avesse ricevuto cangiamento.

Rigettò l'appello, confermando la sentenza.

Ricorso — Venivano fra l'altro invocati gli articoli 3, 23, 25 cod. di pr. civ. (v. art. 103, 127 e 129, l. d. p. c.), e gli articoli 707, 1341, 1353 c. c. (articoli 628, 1295, e 1307, l. c.) Pregiudicato si diceva il merito del petitorio, fondandosi in quel titolo del 1750—Cumulato si dicea possessorio e petitorio, nello essersi discussa la validità e la efficacia del titolo istesso — Violato si dicea l'estremo cardinale delle possessorie azioni, decorso vedendosi l'anno da che l'esercizio della servitù erasi abbandonato —In fine essersi messa in mezzo fuor di proposito si dicea la presunzione sul cangiato modo di esercitar le servitù, trattandosi di servitù discontinua, nella quale *il solo titolo*, non le presunzioni, posson giustificare le domande.

L'arresto è laconicamente scritto così

» attesochè per riconoscer ch' effettivamente siesi posseduta una servitù, il giudice *può fondar su' titoli* che a lui sieno prodotti, e può valutargli— Questa valutazione è suprema *in quanto al possesso*

» attesochè quegli che invoca il possesso, e vuol conservarlo, dee senza dubbio pruovarlo — ma non è obbligato a giustificar atti avvenuti *fra l' anno* della turbativa — a lui basta dimostrar che *v'è possesso* di un anno almeno, *pacifico*, e non a titolo *precario*

» attesochè i giudici del merito avendo ricono-

sciuto nel possesso della vedova tali caratteri non han potuto violar la legge —*Rigetta ec.*(Cassaz. di Parigi 4 luglio 1838; causa *Adgot* contra *Daves*).

N.° 561.

Decime ecclesiastiche—Congrua—Diritti reali immobili Canoni—Diritti reali mobili—Censi riservativi, consegnativi, e bollari—Possessorio—Dispacci del 1759, 1772, 1774

(v. n. 304, 318, 362, 427)

Il diritto personale non è capace di possesso, *e quindi non esercibile con l' azione possessoria* — Questo canone è scolpito in un arresto della suprema Corte che va maturamente ponderato.

Trattavasi di una *quarta congrua* che una mensa Vescovile chiedeva innanzi al giudice Regio contra una Chiesa collegiale in figura di *azione possessoria*.

Ed il Capitolo in pari tempo statuiva contra il Vescovo azione *petitoria* nel tribunale, per sentirsi dichiarare non aver diritto a pretendere la *congrua* istessa.

Dal giudice regio in contumacia si ordinava pruova del possesso—Opposizioni per la incompetenza, attesa la quistione dedotta innanzi al Tribunal civile,

e nel merito pel rigetto delle domande della mensa vescovile, atteso il Real dispaccio del 17 marzo 1774— Rigetto delle opposizioni—Appello—Il tribunale di Basilicata a 18 gennajo 1836 considerò sulla *competenza* che, comunque *personale* fosse il diritto di esigere la *quarta congrua*, competesse l' azione possessoria per l' esercizio di tale diritto (*art.* 22 *n.* 12 *l. org. giud.* 29 *mag.* 1817) — Osservò che v'è possessorio oggi per la *esazione di censi*, i quali a differenza de' *canoni* si reputano *mobili* per l'art. 451 l.c.—osservò che l' azione possessoria è sempre ammisibile in *tutto ciò che è capace di prescrizione*, e che perciò anche i crediti essendo prescrittibili, dovessero esser suscettivi di azione possessoria — considerò nel merito che il convenuto in possessorio non può rendersi attore in petitorio (*art.* 129 *l. p. c.*), e perciò disse non essere da attendersi nella specie il dispaccio del 17 marzo 1774 — Confermò la sentenza.

Ricorso — La tesi che il ricorrente sostenea era questa « ove la prestazione non sia infissa sopra un fondo, non può essere suscettibile di azione possessoria » — Il ricorrente dicea che nell' art. 103 n. 8 l. d. p. c. la parola *censo* va intesa come sinonimo di *canone*, non altramente che nel decreto del 18 settembre 1816, ove l'art. 9 distingue da censi o canoni i *capitali* a vendita di annua entrata — Il ricorrente osservava che nell' art. 102 si parla de' varî casi ne' quali la citazione va fatta innanzi al giudice del luogo ov' è la *cosa litigiosa*, e nel n. 8 trattasi appunto di esazione di censi o canoni, di terraggi, di *prestazioni prediali*— Quindi,

dicea, la legge suppone un *luogo* ove sia la *cosa litigiosa*, il che non si verifica in una *quarta congrua*, non potendo dirsi *come diritto* gravitar sopra *questo*, o *quel* fondo—Rammemorava il decreto del 24 giugno 1828 che agevola il procedimento giudiziario per la esazione di prestazioni prediali, e là nell' art. 2 dispone che la citazione per editto debba fra l'altro esprimere il *fondo soggetto* al censo o canone, o ad altra *prestazione prediale* — Dunque, dicea, dev' esistere un fondo soggetto al censo o al canone, o al terraggio, se vuol contendersi in linea possessoria.

Il ricorrente distinguea la prescrizione per *acquistare*, dalla prescrizione come mezzo di *perdere* un diritto — Riflettea che nel solo *primo caso* richiedesi il possesso della cosa che vuol prescrivendo acquistarsi — Ma quando la prescrizione serva come *mezzo di perdere*, basta il solo trascorrimento del tempo—Si prescrivono i crediti, e non occorre in ciò l'estremo del possesso—Dunque, dicea, pe'crediti non può dirsi aver luogo la possessoria azione—Di quì violato desumea di essersi l' art. 22 n. 12 l. org., e violato l' art. 54 l. med.

Il ricorrente analizzava il Concordato ed il dispaccio del 17 marzo 1774 col quale fu dichiarato che le decime servir dovendo al mantenimento delle Chiese, cessar dovessero quando di congruo sostentamento le Chiese fossero provvedute, senza che la mensa Vescovile vantar ne potesse alcun diritto — Dicea che il giudice del possessorio dovendo vagliar se il possesso potesse dirsi o no a titolo di proprietà, dovea mettere a calcolo tali disposizioni di

legge, e ritenere che una tolleranza non induce possesso legittimo (*art.* 2138 *l. c.*) — Quindi violazione di questo articolo, ed erronea applicazione dell' art. 129 l. d. p. c.

Ecco i termini dello arresto.

Quistioni — Se per la esazione della quarta decima, pretesa dal Vescovo contra il Clero, vi sia luogo all'azione in possessorio.

» Considerando, ch' è di principio nascente dall' art. 22 n. 12 della legge organica, e dall'art. 103 n. 8 delle leggi di procedura civile di *non darsi azione possessoriale*, se non quando la esazione che si chiede per canoni, censi, decime, o prestazioni sia *attaccata*, e *dipendente da un fondo certo*, che deve indicarsi.

» Che la indicazione del fondo, cui è attaccata la rendita, o prestazione, è *imperativamente*, *e necessariamente richiesta* dal citato articolo 103 del rito, dappoichè innanzi al giudice del circondario ove è situata la cosa litigiosa, si deve proporre la dimanda, e non innanzi al giudice del domicilio del reo — E da quì è che un'azione meramente personale per la conservazione di *un credito* che non ha rapporto, nè dipendenza, da un fondo, nè direttamente lo colpisce, *non è mai esercibile* in linea *possessoriale*.

» Da questo medesimo principio facilmente si ravvisa censurabile la proposizione del tribunale, di potersi cioè esercitare l' azione meramente personale nel possessorio, sol perchè il citato articolo il permette in materia di esazione di censi, che sono mobili per determinazione della legge, giusta

l'art. 452 delle leggi civili — Non si sconviene che le leggi hanno annoverato tra' mobili ogni sorta di censi, tranne i canoni, ossia il dominio diretto, ma bisogna ripetere che, volendo il creditore in materia di esazione di censi di qualsivoglia natura agire in possessorio, è *indispensabile indicare il fondo dal quale il censo dipende.*

» E per dirla in altri termini i diritti dipendenti da censi possono essere *reali immobili*, e *reali mobili*—I diritti reali immobili nascono dai canoni, cioè dal dominio diretto—i diritti reali mobili nascono da censi, sieno riservativi, sieno consegnativi, o bollari—Siesi quel che si vuole, in materia di censi, il diritto è *sempre reale*, sia mobile, sia immobile, e *non personale*; dapoicchè il diritto personale non è capace di possesso, e quindi non esercibile coll' azione possessoria.

» Ma la proposta quistione non riguarda la esazione di un censo, sì bene della quarta decima—La legge parlando di decime le confonde con la generica denominazione di *prestazioni prediali*—Chi dice prestazione prediale dice *diritto reale*, e quindi necessità della indicazione di un fondo alla prestazione soggetto.

» Non può dirsi che la *quarta decima* sia una prestazione prediale—Essa si è chiesta contro al Clero, e non *contro i possessori* del fondo soggetto alla prestazione, nè si è indicato il fondo sul quale la decima è dovuta—Dunque essa non è prestazione prediale, ma è *un puro credito in danaro*, e ciò è tanto vero, in quanto che si è pur chiesta un' annata arretrata in ducati 35.

« La quarta decima, è precisamente una parte delle decime Sacramentali, o ecclesiastiche, dovute non *ratione dominii*, come le decime prediali, ma *ratione pietatis*, le quali furono poscia rimpiazzate dalla congrua, giusta i dispacci del 1759, e 1772.

« Le decime Ecclesiastiche, giusta i citati Dispacci possono essere, o *prediali*, o *personali*, o *miste*. Ma la quarta decima pretesa dal Vescovo, non può dirsi prediale, perchè non pretesa su di questo, o quel fondo, ma chiesta contro del Clero, come un credito in danaro, e di somma certa ed invariabile—Manca adunque la indicazione del fondo colpito dalla decima, manca il requisito per l'azione in possessorio.

« Nè giova di ricorrere al Real decreto del 30 di gennaio 1819, col quale è stato ripristinato il diritto di esigere la quarta decima, ed altre simili prestazioni—Non bisogna confondere *il diritto* di esigere *col modo* di esercitare il diritto—Ne' giudizî possessoriali non si esamina il *diritto*, ma il solo *fatto*, cioè il solo *possesso*, giusta l'articolo 128 procedura civile—Ed ove di diritto si voglia favellare, la quistione ricade nel petitorio, ma il Vescovo intende servirsi del possessorio.

« E neppure è del caso il Real decreto del 2 di maggio 1823 che permette alle mense vescovili coll'affissione de' quadri rendere esecutivi i titoli per la esazione delle rendite di qualsivoglia natura. È questo un privilegio temporaneo accordato dal legislatore, per la più spedita riscossione de' crediti. Ma il procedimento quivi indicato è ben diverso dal giudizio possessoriale tracciato dalla procedura

civile.—In quel giudizio si procede innanzi a' tribunali in prima istanza, ed in questo innanzi a' giudici Regj—Oggi non è quistione di affissione di quadri—Potrà il Vescovo far uso di quel privilegio, se pure non sia spirato il termine, ed il Clero in quel caso è autorizzato ad eccezionare non solamente del fatto, cioè del possesso, ma anche del diritto, cioè (son parole del decreto) della inesistenza, o annullamento del titolo, lo che ne'giudizî possessoriali non è permesso.

« Se quindi non ha il tribunale esaminata la natura della rendita — se la quarta decima che si è dimandata non è prestazione dominicale, ma una parte delle decime ecclesiastiche—se non è un diritto reale, ma personale diretto alla consecuzione di una somma in danaro — e se manca in fine la indicazione del fondo, cui è attaccato il diritto, indicazione senza la quale non si sà a qual giudice si debba ricorrere, non è il caso dell'azione possessoria, e la sentenza denunciata non può non dirsi censurabile.

Per siffatti motivi :

Annulla — Corte suprema di giustizia di Napoli 8 marzo 1838 causa tra 'l Capitolo di S. Antonino di Saponara e Mons. Vescovo di Marsico, e Potenza.

Giova conservar quì la memoria del dispaccio del 1772 estensivo di quello del 1759 di cui si fa menzione nello arresto — Esso è così

« Trovandosi fin da' 20 gennajo 1759 risoluto dal RE che nello stato di Caserta si abolissero, come si abolirono, le decime, così propriamente dette, cioè l'ecclesiastiche, di qualunque genere

sieno, o prediali, o personali, o miste, (eccettuate soltanto le dominicali, cioè quelle prestazioni, o censi, che per ragione di dominio le Chiese ritraggono dai fondi, dette anch' esse decime prediali, che non furon comprese, nè debbono comprendersi nell' abolizione) con istabilirsi la congrua conciliare di cento ducati annui per ogni Parroco, oltre una competente somma pel mantenimento della Chiesa che non passasse però i ducati trenta annui—Ha ora il Re nostro Signore risoluto, e vuole, che questo stabilimento si faccia generale per tutte le Parrocchie della Capitale, e del Regno; con aver dichiarato ancora la Maestà Sua che la congrua si debba dare a' soli Parrochi, che servono attualmente—Perciò di Real ordine lo partecipo a V. S. Illustrissima per intelligenza del Tribunale del Consiglio, e per l' osservanza, ed esecuzione ne' giudizî delle cause.

Palazzo 25 Luglio 1772. — Carlo De Marco — Signor Marchese Presidente Cito.

N.° 562.

Quistione di fatto-Interpetrazione di volontà-Corte suprema-Ricorso-Annullamento

(v. n. 17, 279, 457, 477)

Com' è arduo l' attaccare in via di ricorso alla Corte suprema una causa in cui la Gran Corte *interpetri la volontà* ! — Pure son regole di legge quelle che governano la interpetrazione ; e là in Corte suprema si discute se alcuna di queste regole manomessa importi violazione di legge, ed operi l' annullamento della decisione.

Fra' molti esempli crediamo interessante rapportar le formole della decisione resa dalla G. C. civile di Napoli nella famigerata causa *Ruffo Scilla*, poichè nello arresto assai elaborato si vedrà come e per quali vie la materia giudicabile abbia formato oggetto di cure della suprema Corte, malgrado che a primo aspetto si credesse la quistione sottratta alla censura di quella.

La Gran Corte avea detto così

Annulla la sentenza del Tribunal civile di Napoli del 4 dicembre 1833, e facendo ciò che i primi giudici avrebbero dovuto fare , decide , ed ordina quanto siegue

1.° dichiara che *la volontà* del fu Eminentiss. Cardinale Luigi Ruffo contenuta e nel tutto insieme

delle leggi fondamentali della prelatura da lui instituita, denominata prelatura di Ruffo di Calabria, e ne' suoi quattro testamenti olografi degli anni 1826, 1827, 1828, 1831, sia stata quella che il suo pronipote signor Beniamino Ruffo fosse nella prelatura suddetta fra quelli da lui nominati, preferito ad ogni altro, ove volesse e potesse esser Prelato, del pari che nella sua eredità.

2.° Dichiara, in conseguenza dell'accettazione fatta da esso D. Beniamino, spettare al medesimo tanto la suddetta prelatura, quanto la suddetta eredità, una co' rispettivi frutti e rendite dal dì della morte del sudetto Prelato.

3.° Ordina quindi che allo stesso vengano rilasciati i sudetti beni, e venga immesso nel loro possesso.

4.° Rigetta a tal riguardo le domande del signor Guglielmo Ruffo, restando inefficace la sua accettazione del 18 dicembre 1837.

La Corte suprema ha ragionato così

» Sulla quistione preliminare se possa dirsi *irricettibile il ricorso*, sol perchè si pretenda dai convenuti di *essersi decisa una semplice quistione di volontà* non soggetta a censura, la Corte suprema osserva che quando anche fosse vero che i giudici del merito non avessero deciso che una quistione di volontà, ciò *formerebbe oggetto dell' esame del ricorso*, e non già costituirebbe un mezzo d' *irricettibilità*.

Sulla quistione in merito.

« Osserva che la gran Corte civile non solo nelle considerazioni, ma anche nella dispositiva ha di-

chiarato che la volontà del Cardinale D. Luigi Ruffo in favore del suo pronipote D. Beniamino Ruffo, risulti dal tutto insieme dalle leggi di fondazione della prelatura Ruffo, e da suoi quattro testamenti olografi.

« Che nelle considerazioni espressamente ha ancora enunciato che la volontà del Cardinale andar dovea esaminata complessivamente, ed in ragione composta tanto dalle leggi di fondazione, che da' testamenti.

« La Corte suprema osserva che, sia che si vogliano risguardare questi elementi isolatamente, sia complessivamente, si rinviene in ambidue i casi che la gran Corte civile *non si sia ristretta ad una semplice quistione di volontà*, ma che sotto pretesto d'interpetrazione abbia violato non solo i reali decreti degli 11 luglio, e del 21 dicembre 1826, e le leggi sulle donazioni e su' testamenti, ma risulta ancora che, con manifesto eccesso di potere si sia la Gran Corte civile costituita giudice del giudizio del testatore, giudicando se il testatore abbia bene o mal ragionato, e quindi se abbia bene rivocato una precedente sua disposizione testamentaria.

Sarà ciò sviluppato nelle proposizioni seguenti.

1.° La gran Corte civile ha ritenuto che secondo le leggi di fondazione sia stata data la preferenza nella prelatura a D. Beniamino Ruffo, perchè egli, e non D. Guglielmo, è della linea primogenita a cui è stato dato il padronato attivo.

La Corte suprema osserva che queste leggi di fondazione non sieno semplici atti privati, la in-

terpetrazione de' quali potrebbe esclusivamente appartenere forse a' soli giudici del merito, ma che sieno esse sanzionate da taluni Reali Decreti emessi legislativamente.

Che il RE co' reali decreti degli 11 luglio, e 21 dicembre 1826, dispensò espressamente nella pienezza della sua autorità Sovrana a qualunque disposizione contraria delle leggi in vigore, ed ordinò che unicamente si eseguissero le regole che egli sanzionò.

Che violando quindi queste regole si controviene espressamente a' citati Reali decreti.

Che nelle regole comprese in detti decreti viene distinto il padronato attivo dal passivo — Il solo patronato attivo fu stabilito pel ramo primogenito del signor principe di Scilla. — Il padronato passivo al contrario con determinazione espressa fu stabilito non per gl'individui del ramo del patrono attivo, ma per colui che si trovasse il più stretto congiunto dell' istitutore.

Che la gran Corte civile non ha dubitato che tanto D. Beniamino, che D. Guglielmo sieno congiunti nello stesso grado dell' istitutore, ed ambodue della stessa famiglia — La preferenza quindi che ha supposto la Gran Corte civile per l' individuo del ramo primogenito, in esclusione degli altri congiunti di egual grado, è interamente opposta a ciò ch' è stabilito nelle leggi di fondazione.

Che il RE col secondo decreto del 21 dicembre 1826, emesso anche in forma legislativa, permise al fondatore di nominar egli per la prima volta anche con testamento la persona che fosse esclu-

sivamente chiamata al godimento della Prelatura, ed ordinò che questo permesso si considerasse come parte integrale delle regole di fondazione sanzionate col primo decreto.

Che quando la Gran Corte civile in vece di riscontrare nel testamento chi il Cardinale aveva nominato per Prelato, è ricorsa alle leggi primitive di fondazione, ha violato il Real decreto del dì 21 dicembre 1826.

Che la stessa gran Corte civile nell'essersi rivolta alle leggi di fondazione, non ha potuto disconvenire che la prima nomina era tutta dipendente dalla volontà del fondatore — però ne ha paralizzato l'effetto, soggiungendo, che non potea tale nomina essere difforme alle disposizioni più che precise nell'articolo 952 delle leggi civili, alle quali ha detto di non avere Sua Maestà inteso di derogare.

Su di ciò la Corte suprema osserva quanto segue.

A prescindere dalla contrarietà di queste due proposizioni la gran Corte civile è caduta in manifesti errori.

In primo — il RE ha Sovranamente dispensato con la pienezza della sua autorità alle disposizioni delle leggi comuni.

In secondo luogo — l'articolo 952 delle leggi civili invocato dalla gran Corte civile, è relativo soltanto alla trasmissione de' maggiorati — Or le regole come si trasmettono i maggiorati possono applicarsi al padronato attivo, ma non pel passivo, pel quale non è stabilita alcuna progressione di primogenitura, nè alcuna prerogativa di linea.

Nelle leggi di fondazione viene anzi espressamente

stabilito che debba prendersi il Prelato, non dalla linea del patrono attivo, nè tra suoi parenti, ma solo tra congiunti i più stretti del fondatore, e mancando questi tra individui di conosciuta nobiltà.

La gran Corte civile ha quindi erroneamente applicato l'articolo 952 delle leggi civili, ed ha violato il Real decreto de' 21 dicembre 1826.

2. La gran Corte civile ha detto ancora che le grazie Sovrane quantunque vadino interpetrate nel senso il più ampio, che ciò non ostante debbano intendersi di non essere di pregiudizio al terzo— In appoggio ha citato la legge terza del digesto *de Carboniano edicto*.

Ha soggiunto che il Principe di Scilla avea già acquistato diritto di avere anche il primo Prelato nella sua discendenza, e che il prendere il Prelato da altra linea sarebbe contra la cosa contratta in buona fede, e col Governo e col Principe di Scilla.

La Corte suprema ritrova male applicata la prima proposizione, ed erronea la seconda.

Il RE accordò il permesso della prelatura non al Principe di Scilla, ma al Cardinale; e quindi secondo la stessa legge terza *de Carboniano edicto* che ha citata la gran Corte civile, non può invertirsi contra il Cardinale ciò che fu accordato in suo favore.

È erronea poi la seconda proposizione, perchè niun contratto vi è stato giammai, nè col Governo, nè col Principe di Scilla.

Non col Governo, perchè il RE con la sublime sua qualità di legislatore dispensò soltanto alle leggi comuni, e permise la istituzione della prelatura con

determinate regole, e non già stipulò alcun contratto.

D'altronde il RE stesso permise al fondatore di nominare anche per testamento chi avesse egli voluto per primo Prelato — Erroneo è dunque il concetto della gran Corte civile di essere contra la cosa contratta col Governo la nomina di persona che non appartiene alla linea, e che ha il padronato attivo.

È anche errore il dire che ciò sarebbe contra la cosa contratta col Principe di Scilla, poichè è indubitato che nello strumento di fondazione non intervenne il Principe di Scilla, nè egli in vita del donante accettò con alcun atto ciò che il Cardinale dispose in questo strumento — Or il donante non rimane obbligato verso il donatario, che dal giorno in cui li sia formalmente notificata la corrispondente accettazione.

La gran Corte civile ha violato gli articoli 1075, e 855 delle leggi civili, quando ha ritenuto il Cardinale come obbligato verso il Principe di Scilla in virtù di un atto non accettato.

Supponendo anche che il Principe di Scilla avesse potuto acquistar diritto dallo strumento di fondazione, neppur potrebbe egli impugnare la prima nomina fatta dal fondatore.

Nella decisione sta marcato che nell' art. 8 di tale strumento il Cardinale si riservò espressamente di nominar egli il primo Prelato — Nè il Principe di Scilla, nè suo figlio D. Beniamino possono scindere questo atto, ed invocarne il solo dono attaccando la riserva che accompagnò il dono.

La gran Corte civile ha violato l'art. 1089, delle

leggi civili quando ha scisso l'enunciato strumento.

Ciò per le leggi e per lo strumento di fondazione—Rivolgendo poi l'esame su' testamenti si ritrova egualmente erronea la decisione.

Si è violato l'art. 992 delle leggi civili dalla Corte giudicatrice quando ha data esecuzione ad una disposizione testamentaria rivocata da un testamento posteriore.

Si sono anche malamente applicate le leggi romane, alle quali è ricorsa la gran Corte civile per colorire l'eccesso in cui è caduta.

Le leggi romane in materia di disposizioni testamentarie possono invocarsi come ragione scritta, e come autorità imponente, ma non come leggi, perchè le disposizioni testamentarie, formando materia delle leggi in vigore, sono espressamente rivocate col Real decreto del 21 maggio 1819.

Or le autorità possono utilmente invocarsi ne' casi precisamente identici, e non già per analogia in casi diversi.

Nella specie attuale nessuna delle leggi romane citate nella decisione tratta del caso in quistione.

A prescindere da questa osservazione preliminare si troverebbero anche erronei gli argomenti desunti dalle leggi romane.

La gran Corte civile ha citato la legge ultima del digesto *de heredibus instituendis*—In questa legge si fa il caso che uno zio in un primo testamento avea istituita erede sua nipote a cui avea sostituito il di lei padre — L'uno, e l'altra erano in provincia lontana — Il padre fu unico, e corse una falsa voce che col padre era stata uccisa anche la fi-

glia—Lo zio, inteso ciò, scrisse un secondo testamento, in cui disse, che per non aver potuto avere per eredi quelli che avea scritto nel primo testamento, egli istituiva erede un'altro.

Accadde che la nipote ricomparve, e dimandò la eredità—L'Imperatore decise che la volontà del testatore non era stata di togliere la eredità alla nipote, per cui ordinò, che a costei si deferisse la eredità.

Nel caso attuale è il contrario—Il Cardinale non disse che per la impossibilità fisica di aver per legatario D. Beniamino ne nominava un'altro, ma egli nel suo ultimo testamento cassò ed annullò espressamente le disposizioni precedenti relative alla nomina del Prelato—Fece una nuova terna, e vi dose D. Guglielmo, e non D. Beniamino, ed ordinò che questa nuova terna si eseguisse—Chiuse in fine la sua disposizione, con dichiarare ch'egli così intendeva, e non altrimenti.

È evidente quindi, che il caso attuale è tutto differente di quello deciso nella legge ultima *de heredibus instituendis*.

Ciò che si è osservato su questa legge, si estende anche alla legge 27 del digesto *de inofficioso testamento* che riguarda il caso in cui una madre credendo che suo figlio fosse morto, istituì erede suo un'estraneo—La gran Corte civile ha citato anche la legge 17 nel § 3 del digesto *de conditionibus*—Essa in questa legge ha riconosciuto che per regola la causa falsa non vizii il legato, ma è ricorsa alla eccezione di dover cioè cessare la regola, quando si

provasse, che se il testatore avesse conosciuto l'errore, avrebbe disposto altrimenti.

La gran Corte civile ha detto, che se il Cardinale avesse preveduto che D. Beniamino avrebbe accettata la prelatura, non avrebbe cassata la prima terna, e non ne avrebbe fatta una nuova, scrivendo D. Guglielmo in vece di D. Beniamino—Che il Cardinale per causa di questa novella disposizione avea spiegato che D. Beniamino si era dichiarato in tutt' i versi di non accettare la prelatura, e che ultimamente dal Ministero dell'Interno ove era ammesso per apprendista, avea avuto l'onore da Sua Maestà di passare alla sua intima Segreteria—Che sarebbe stata cosa affatto assurda, ed inconcepibile che il testatore trasportato per D. Beniamino da lui nominato per primo patrono passivo, e per unico suo erede, cancellato l'avesse irretrattabilmente dal suo cuore, sol perchè passato fosse dal Ministero dell'Interno nella Segreteria del RE, con punirlo così per sempre — Ha la gran Corte soggiunto che imputare il Cardinale di ciò, sarebbe imputarlo di vaneggiamento.

La Corte suprema osserva di non aver la gran Corte civile messo in dubbio che D. Beniamino nominato nel primo testamento era già quasi giunto agli anni 21 compiti, e che aveva presa una carriera laicale dapprima nel Ministero dell'Interno, e dipoi alla Segreteria intima del RE.

Questo fatto, che il testatore indica come elemento del suo giudizio, non si è neppur detto che fosse falso—La causa dunque, anche secondo le vedute della gran Corte civile, non fu falsa, ma avreb-

be potuto tutto al più essere erronea la conseguenza che da questo fatto ne desunse il testatore—Ma il magistrato non è autorizzato a poter giudicare del giudizio del testatore.

Il giudice non deve che eseguir la volontà de' testatori in ciò che non si oppone alla legge—Non deve egli esaminare se il testatore abbia bene, o mal ragionato nella scelta del suo erede, o del legatario — Essendosi la gran Corte civile costituita giudice del giudizio del testatore, ha ecceduto i suoi poteri, ed ha invaso la facoltà che la legge accorda nel modo il più ampio a'testatori di disporre a piacere de' beni che si lasciano dopo la morte.

Il Magistrato deve giudicare soltanto del giudizio de' testatori quando tolgano a' legittimarî le quote di riserva, e non già quando dispongono degli altri loro beni in favor di chiunque loro piacerà.

Se i tribunali si autorizzassero di esaminare i ragionamenti de' testatori, si inutilizzarebbero la maggior parte delle disposizioni testamentarie, e si obbligherebbero i testatori a disporre in termini duri, ed imperiosi, senza poter raddolcire con espressioni lusinghiere le loro disposizioni.

D'altronde il testatore non parlò nel suo ragionamento di avvenimenti futuri, siccome ha supposto la gran Corte civile, ma parlò di fatti passati — Egli nel suo terzo testamento enunciò che, avendo interrogato D. Beniamino, li era sembrato che in quella epoca non inclinava alla carriera ecclesiastica, ma che come la età di D. Beniamino era allora ancor tenera, egli nulla credè di cangiare, lusin-

gandosi che col crescere degli anni D. Beniamino cambiasse inclinazione.

Ma quando vide giunto il medesimo alla età di anni 21 quasi compiuta, credè allora di veder più fissata la sua inclinazione per la carriera laicale, per cui essendo egli di costumi austeri, siccome la stessa gran Corte civile ha marcato, non credè coll' allettamento de' suoi beni di costringere il pronipote a dedicarsi contro la propria inclinazione al servizio della Chiesa, e ad una professione sacra.

La Corte suprema osserva ancora, che avendo la Corte giudicatrice invertito in avvenimento futuro ciò che il testatore avea enunciato come avvenimento passato, non solo ha con ciò cambiato le parole del testamento, ma ha distrutto quelle stesse disposizioni del diritto romano, a cui essa era ricorsa.

Secondo il diritto romano, la causa nello stretto suo significato, riguarda il passato, e non il futuro— I fatti futuri possono costituire una condizione, o un modo, e non una causa, siccome indicò Ulpiano nella legge 12, *de condictionibus*—« *nam causa in praeterito, poena in futurum confertur* ».

La gran Corte civile ha quindi violato nella sua decisione anche le regole del diritto romano che ha detto d'invocare, e quindi non può evitarsene l'annullamento — Corte suprema di giustizia di Napoli 13 di marzo 1838. — causa *Ruffo Scilla*.

N.° 563

Banchi—Fedi di credito—Polizze—Aggio—Carte e Contanti—Perdite Indennità

(v. n. 282)

I Banchi un tempo di ragione privata divennero poscia *pubblici*—La carta moneta de' Banchi fu commerciabile come la moneta metallica di contante—Pure una strana fatalità nel secolo scorso, e pria delle attuali energiche e provvide misure che ne tengon colossale ed inalterabile la sicurtà e la fede, avvenne il caso di un discredito sul valor della carta de' Banchi—I così detti *cambia-monete* per ridurre a moneta contante le fedi di credito o polizze, esigeano un tanto per cento a titolo di *aggio*, e la diffidenza incominciava a campeggiare sul destino de' valori rappresentati da quelle carte—I debitori comperando da' cambia-monete le polizze col risparmio di un tanto per cento, pretendean di pagar a' loro creditori in polizze—Costoro intendeano di esser pagati in contante metallico—I tribunali cominciarono ad esser occupati di queste cause.

Il Duca di Sant'Andrea e D. Niccola Mirelli suo germano ebbero fra' primi un giudizio di tale natura—La gran Corte della Vicaria condannò il primo a pagar in beneficio del secondo il vitalizio livello *in contante*—Il Sacro Regio Consiglio con-

fermò — Il Duca ricorse al RE, e nel 22 di ottobre 1796 fu reso il seguente

« Regale Dispaccio — Avendo fatto presente al RE quanto rilevasi dagli atti della causa fra'l Duca di Sant'Andrea, e 'l Cav. D. Niccolà Mirelli di lui fratello, relativamente al decreto della G. C. confermato dal S. R. Consiglio, con cui è stato il mentovato Duca condannato a pagare in contante il livello al detto suo fratello, trova la Maestà Sua che nella decisione siesi mancato di darsi termine sull' eccezioni proposte dal Duca, com' era da farsi — E perciò comanda che la Gran Corte impartisca il termine, e proceda ne' termini regolari di giustizia nel giudizio ordinario per le proposte eccezioni — Riguardo poi al *punto generale*, cioè a dire *se il patto di fars' i pagamenti in moneta corrente e di contante*, solito di apporsi ne' contratti, possa produrre l'effetto di potersi rifiutare il pagamento per mezzo di Banco con fedi, o con polizze; è *mente del RE che nel giudicarsi di simili contese si avverta che nel nostro Regno le fedi o polizze equivalgono al numerario che rappresentano* — onde sotto la espressione in contante, quando non ci sia nel patto altra circostanza esclusiva, vanno benanche siffatte carte comprese — Di Real ordine lo partecipo per mezzo di V. S. I. alla G. C. per intelligenza ed adempimento, con respingerle gli atti enunciati — Palazzo 22 Ottobre 1796 — *Saverio Simonetti* — Signor Proreggente della G. C. »

Malgrado questo Dispaccio, crebbe il discredito delle carte di Banco, e ne' tre anni consecutivi si

ridusse a tale che tra 'l 1799, e 'l 1800 il corso in piazza di essa fu così

Dal 1 al 22 di gennaio . al 50, al 56 per cento
22 al 28. id. 50
28 gen. fino a 13 feb. 61
13 feb. fino a 28 id. . . . . al 58, al 60
1 a 31 marzo . . . . 63, al 65
1 a 30 aprile . . . . 65, al 67
1 a 31 maggio . . . . . al 67, al 60, al 56
31 maggio a tutto 13 giugno. . . . al 70
13 a' 31 giugno . . . . al 65
1 a' 16 luglio. . . . . al 58
16 a 23 luglio . . . . al 36
23 a 30 luglio . . . . al 56
1 a 31 agosto . . . . al 56, al 58
1 a 30 settembre . . . . . . al 52, al 56
1 a 31 ottobre . . . . al 55, al 52
1 a 30 novembre . . . . . . al 55, al 58
in dicembre . . . . . al 60, al 55, al 56

Nel 1800 crebbe a dismisura.

Si ha della così detta Sopra intendenza della Decima un Editto del 29 di agosto 1799 dal quale può desumersi che malgrado il Dispaccio del 1796 non sempre correr potea la regola di doversi ricever come contante metallico la carta di Banchi al valor nominale di essa — Eccone il tenore

« FERDINANDO IV. Per la grazia di Dio RE delle Sicilie ec. — Prisco Letizia Razionale della Regia Camera della Sommaria, e Sopra intendente interino del Contributo della decima per l'assenza del marchese di Castiglione D. Pietro de Petris Fra-

gianni — Essendosi da S. M. (*D. G.*) con *Regali Dispacci in data de' 20 Luglio*, e 20, 24, 25 *dello spirante Agosto* determinato che il contributo della decima, tanto per le somme maturate e non esatte, che per quelle maturande, *si dovesse esigere in numerario effettivo* per le attuali urgenze, con essersi comunicata una tale *Sovrana determinazione anche a' Banchi di questa Capitale*, affinchè ricevano da' contribuenti *il numerario*, con farne a' medesimi *le fedi di credito con la indicazione di contanti per consegnarsi agli esattori*, e così facilitarsene con sicurezza la esazione; Per ciò, *manifestando tale Sovrana determinazione*, ordiniamo e comandiamo a tutt' i contribuenti di pagare le rispettive quantità del contributo suddetto finora maturate, e non esatte, come pure le altre maturande giusta il carico fattone con le tasse, *in moneta effettiva contante*, formandone nella sopraindicata maniera *le fedi di credito con la spiega di contanti*, e consegnarle agli esattori, o esibirle nella officina di questa Regale Soprantendenza, nella prevenzione che passandosi da qualche contribuente somma di contante a dirittura in mano degli esattori, rimarrà soggetto a duplicato pagamento — E tanto eseguirete, per quanto vi è cara la grazia del RE — Napoli 29 agosto 1799 — Per l' assenza del signor Marchese de Petris — Il' Razionale Prisco Letizia — Dottor Girolamo de Curtis Segretario ».

Così incominciò a vedersi una duplice specie di carta de' Banchi: l'antica discreditata, e quella di nuovo conto, come l' attuale, sostenuta da credito irrefragabile, costituita dal fatto di essersi deposi-

tato contante metallico per ottenerla, e tanto esser là nel Banco in permanente deposito, quanto il valor nominale della carta fa rappresentarne mentre sta in circolazione.

La carta antica discreditata correa fra di tanto per le mani de'cambia-monete che ne faceano mercimonio; e l'avidità di coloro viepiù affievoliva il valor della carta de' Banchi, di tal che i debitori di estaglio comperavano a vil prezzo la carta, e pretendeano così pagar l'estaglio, mentre i prodotti de' fondi locati rendean *contanti* nella vendita che i conduttori ne faceano — i debitori di mutuo pretendean adempiere in carte di banco la restituzione dovuta, mentre il mutuo dovea rendersi *ejusdem bonitatis*, *qualitatis*, *et valoris* — Il foro echeggiò de' clamori di que' che ricusavano, e di que' che invocavano il dispaccio del 1796.

Era il 25 di aprile 1800 quando in Palermo fu emanato un Regale Editto, di cui giova ritenere i seguenti articoli.

1. « In primo luogo siccome il lasciarsi correre in alcuni casi le polize di Banco al valor nominale produce l'inconveniente gravissimo che i particolari che le ricevono non possano poi spenderle in piazza alla medesima ragione, atteso l'aggio che si è introdotto, e debbono perciò farvi perdita, su di che sorgono ogni giorno litigi, e controversie nei Tribunali; così Noi per togliere il disordine che la carta medesima abbia due diversi valori, per evitare ogni danno nelle proprietà dei particolari, e finalmente acciocchè i nostri amatissimi sudditi non siano distratti, e dispen-

diati con litigî, comandiamo che dal dì della pubblicazione del presente Editto (derogando a qualunque altra precedente risoluzione) *le carte di Banco in ogni caso e per qualsivoglia pagamento, o contrattazione, si paghino, e si ricevano non già* al valor nominale, ma al corso, o sia al valore pel quale correranno, e si cambieranno in piazza col numerario effettivo, nel giorno in cui se ne eseguirà il pagamento—Ed affine di togliere ogni controversia che potrebbe sorgere per la interpetrazione di questa Nostra Real volontà, dichiariamo che la medesima debba aver luogo anche per tutte le obbligazioni, e per tutti i contratti fatti prima della pubblicazione del presente Editto, purchè il pagamento non sia già seguito, o non si sia convenuto espressamente di eseguirsi il pagamento in carta; nel quale ultimo caso della particolare convenzione ne lasciamo la decisione ne' termini di giustizia a' nostri Tribunali.

« 2. E poichè dalla esecuzione dell' articolo precedente potrebbe risultare danno, ed interesse a' particolari possessori delle carte, o perchè le abbiano essi ricevute al valor nominale nel percepire le rendite de' loro beni, o perchè loro siano stati restituiti in carta i capitali dai debitori, o per altre cagioni; perciò Noi, malgrado la considerazione che gli attuali possessori delle carte per lo più non le abbiano acquistate che al corso, che da tempo in tempo hanno avuto in piazza, e malgrado il danno ch' è risultato al nostro Reale Erario dallo essersi il danaio contante delle casse Fiscali cambiato con fedi di credito, pure sagrifi-

cando alla sicurezza delle proprietà particolari, ed alla ferma idea di guarentire l'intiero capitale delle polizze ogni altra considerazione, ed ogni nostro vantaggio, vogliamo che sia permesso ai particolari medesimi di far l'impiego dei capitali delle dette carte, fra lo spazio di quattro mesi, colla regia Corte, che le riceverà al loro valore nominale.

« 3. A questo effetto comandiamo, che qualunque persona voglia impiegare le sue carte di Banco con la Regia Corte, e la esibisca fra il termine di quattro mesi computando dal giorno della pubblicazione del presente Editto, possa farlo liberamente — Le carte si accetteranno al valor nominale, e si assegnerà l'annualità del tre per cento in contanti, e franco di decima, da pagarsene la rata in ogni quattro mesi, e da decorrere questa annualità dal giorno in cui le polizze verranno esibite.

« 4. Il pagamento del tre per cento contenuto nell'articolo precedente, sarà fatto dalla Regia Corte nel modo stesso che si pratica coi creditori assegnatarî su gli arrendamenti che la medesima possiede, e *verrà eseguito sul ramo della Decima* che continuerà per ora ad amministrarsi secondo il sistema che trovasi stabilito; riserbando al Nostro Reale arbitrio di prendere in avvenire sull'amministrazione della medesima le misure che crederemo più opportune, e convenienti — Per la sicurezza però dei rispettivi interessati, dichiariamo, che oltre al ramo della decima, rimarranno obbligati per la sicurezza dei capitali, e per lo pagamento degl'interessi, tutti i beni della Corona di qualunque natura ».

Seguono altri articoli dello Editto per lo modo da cautelar coloro che volessero impiegar le carte bancali con la regia Corte, o che volessero comperar beni fiscali con esse — Nello art. 16 è detto così:

« Se gl' impieghi sulla decima, e le polizze che si darauno per acquisto dei fondi eccedano il quantitativo del debito della regia Corte coi Banchi, vogliamo che la regia Corte venga rimborsata dello avanzo su gli effetti dei Banchi medesimi ».

Nell' articolo 17 fu detto così:

« Per le polizze che i particolari non esibiranno alla Regia Corte, permettiamo che i Banchi ne facciano l' introito, e l' esito, come fin ora si è praticato, secondo le regole stabilite — Comandiamo però che ciascun Banco *apra un conto nuovo* per le fedi di credito di danaio effettivo, con apporvi nelle medesime delle marche particolari che le distinguano dalle altre, e specialmente con notarsi in dette fedi di credito *di essere deposito di danaio effettivo*; rimanendo assolutamente vietato di dar fuori fedi di credito di questo conto nuovo senza la esibizione di danaio effettivo ».

Pubblicato appena questo editto, restò fluttuante il destino de' pagamenti fatti sotto lo impero del dispaccio del 1796 pria dello aprile 1800 — Taluni nel ricever la polizza di Banco discreditata, avean protestato contra il debitore per ottener la differenza tra 'l valor nominale e l' effettivo — taluni altri avean preso il pagamento, avean cambiato con enorme perdita la polizza di Banco, e recla-

mavano dopo ciò per la differenza, ond' esser rinfrancati delle perdite sofferte.

Crediamo utile il rapportar esempli e dell' un caso, e dell' altro.

1.° *Caso — pagamento ricevuto con protesta* — Era marzo 1799 quando il Duca Piscicelli restituiva in *polizze degradate* del 65 per cento un mutuo a lui fatto nel 1796 di ducati 1350 da nostro padre *Giuseppe* (alla memoria di cui professiamo rispetto e riconoscenza) con danaîo *effettivo* frutto di suoi sudori nella gloriosa carriera del foro—Il creditore protestò, e nel 7 di ottobre 1799, allorchè l'aggio ribassò al 55 per 100, stipulò la quitanza, provveduto pria di un decreto che lo autorizzava a farlo « *citra praejudicium jurium partium* » — Agì in pari tempo per ottener la differenza in ragione del 55 per cento su' ducati 1350, e gl'interessi su di tale differenza.

Gi argomenti co'quali egli difese allora se stesso erano i seguenti

Tollitur obligatio solutione ejus quod debetur — (*inst. quib. mod. toll. obl. in prin.*) — il mutuo è tale che per legge dee rendersi « *ejusdem bonitatis, qualitatis, et valoris* » (*l.* 2, *l.* 3 *de reb. cred.*)— Dunque il mutuo fatto in polizza del 1796 pari a danaîo corrente effettivo, non può dirsi restituito; la obbligazione del mutuatario non può dirsi disciolta con la esibizione al creditore di una polizza che nel 1799 per ridursi a danaîo effettivo gli fa perdere il 55 per 100 — Polizza è l'una, polizza è l'altra, ma *solutio est non quum idem redditur sed tantundem* (*Seneca de benef. lib.* 20 — *Cujac. ad l.* 47 *de verb. sign.*).

Sotto il governo Vicereguale, a' tempi del Cardinal Zapata, allorchè le monete metalliche furon rose, avvenne pure un discredito della carta di Banco, poichè una Prammatica avendo sancito che non altramente i danari si spendessero ne' banchi e fra' particolari se non *a peso*, un editto rapportato da Scipion Rovito (*Decis.* 35 *n.* 14) stabilì che i banchi non dassero che *il terzo in numerario* al producente la polizza, e per gli altri due terzi dassero *una rata* esigibile settimana per settimana alla ragione del 5 per cento — Così, degradato il corso della carta, avvenne che i debitori la comperavano e pretendeano restituire a' loro creditori il valor nominale di quella, in soddisfazione dello effettivo danaio mutuato, ovvero pretendeano di pagar a' creditori loro così come i Banchi pagavano, godendo cioè per due terzi della somma la dilazione di pagare il 5 per cento settimanile — « *Contendentibus creditoribus non esse cogendos ad illa (deposita) recipiendum, ex quo non tenentur recipere particularem solutionem in diversis temporibus et annis, prout est illa quam in effectu continent dicti ordines generales — et ex adverso replicantibus iisdem deponentibus seipsos non posse cogi ad solvendum de alia pecunia, nec in alia forma, quam pro ut licitum est ipsis exigere ab iisdem Bancis vigore ordinum praedictorum..* »—(v. *Pragm. XVIII de monet. in proem. n.* 2).

Il supremo Consiglio collaterale fu consultato sul come risolver tali contese, ed emanata fu la prammatica, ordinandosi che legittimi e validi fosser ritenuti in Napoli, e fino alla distanza di 30 miglia

da Napoli que' depositi soli che fossero stati fatti 15 giorni pria degli ordini, o dieci giorni pria di essi nelle altre provincie del Regno, purchè però il deposito fosse di danaio del debitore, e non preso da altri affin di restituirlo al proprio creditore — (*Exceptis tamen depositis factis de pecunia aliena ad deponentes quomodolibet deventa ad hunc effectum—Pragm. XVIII de monet.* § 1) — o purchè il creditore chiesto avesse la restituzione del suo capitale — Altramente si avesse dovuto in moneta contante e non in carte bancali eseguir la soddisfazione « *non aliter posse retrovenditionem vel extinctionem obtinere, nisi soluto capitali pretio in moneta numerata — Nec sufficere depositum vel solutionem de duobus tertiis in bancis in eorum creditum existentibus: nisi fuerint ab emptoribus introituum conventi ex quavis caussa pro restitutione capitalium praedictorum* (*Pragm. XVIII de monet.* § 2) — La legge dichiarò illegittimi e nulli tutt' i depositi fatti nella epoca posteriore agli ordini generali, ossia posteriori al discredito delle carte bancali; di tal che andassero in perdita per conto del debitore — tranne per eccezione il caso in cui fosse piaciuto al creditore prender la restituzione in polizza, ed acquetarvisi « *Reliqua verò deposita post dies praedictos respective ut supra facta de pecunia praedicta, fuisse illegitime facta — et proinde stetisse et stare risico, periculo, et fortuna ipsorummet deponentium, exceptis tamen depositis vel acceptatis, aut liberatis, creditoribus non contradicentibus* »— (*Pragm. XVIII de monet.* § 2 *in fin.*).

Di argomento grave egli diceva, è la disposizione

racchiusa in quella Prammatica per conchiuder che in due sole circostanze la perdita fosse nociva al creditore, o quando le polizze fossero state a lui offerte pria del discredito conosciuto, o quando egli domandato avesse la restituzione del capitale— È quì cadea pur opportuno il rammentare come Scevola avesse scritto, che pel diminuito valore del danaìo, il creditore non debba sofferir detrimento: « *Creditor oblatam a debitore pecuniam, ut alia die accepturus, distulit: mox pecunia qua illa respublica utebatur, quasi aerosa jussu Praesidis sublata est — Item pupillaris pecunia ut possit idoneis nominibus credi, servata ita, interempta est— Quaesitum est cujus detrimentum esset? — Respondi secundum ea quae proponerentur, nec creditoris, nec tutoris, detrimentum esse* » (*l.* 102 *de solut.*)

E poichè obbiettavasi contro a tutto ciò la disposizione racchiusa nel dispaccio del 22 di ottobre 1796; poichè diceasi con quel dispaccio sancito che le *polizze* equivalessero al *numerario* da esse rappresentato così « che sotto la espressione *in contante*, *quando non ci sia nel patto altra circostanza esclusiva*, vanno benanche siffatte carte comprese » — Quindi cadeva in disamina la distinzione de' *patti* in due specie; 1. gli uni *convenzionali*; 2. gli altri *inerenti alla natura del contratto*—i primi, diceasi, tanto valgon per quanto sieno animati dalla dichiarazione espressa de' contraenti, di tal che il diritto nascente da essi vada esposto a rimaner immutato, o diminuito secondo la convenzione (*Connan. lib.* 5 *cap.* 1 *vers.* 8) — I secondi che in-

dipendentemente da quel che le parti voglian esprimere o no, son sottointesi, e si hanno per convenuti ed inconcussi, sol perchè *ex natura contractus* derivano essi, e, nel silenzio pur delle parti, spandono tutta la loro efficacia e la forza obbligatoria fra' contraenti — Cosiffatta distinzione applicavasi al *mutuo*, e con la legge 3 *de rebus creditis* ripeteasi *esistere il patto* esclusivo delle *carte*— « *Cum quid mutuum dederimus*, etsi non cavimus *ut aeque bonum nobis redderetur*, *non licet debitori* deteriorem rem *quae ex eodem genere sit*, *reddere* . . . *nam* in contrahendo quod agitur, pro cauto habendum est » — Rammemoravasi che la ricezione del pagamento, la quitanza *fra proteste* avean la data di ottobre 1799, posteriore all'*agosto* 1799, epoca in cui per lo pagamento della contribuzione della decima già si era fissata una distinzione fra *polizze* e *contante* riconosciuta legittima, di tal che la efficacia del dispaccio del 1796 era sin da quella epoca vacillata, anche pria dello Editto del 1800 che lo abrogò.

Inoltre obbiettavasi che l'Editto del 1800 non potesse invocarsi da chi avea *già ricevuto il pagamento* nel 1799 pria della nuova legge — E nostro padre replicava che in una polizza di Banco ciò che scrive colui che la indirizza non comincia ad esser documento in di lui pro, se non quando colui al qual'è indirizzato il pagamento non abbia estrinsecato di accettarlo — Nè può dirsi quitanzato, *liberato* il debitore, sin quando sul destino delle proteste non sia profferito giudizio, laddove così *con le proteste* la parte prendente la polizza

ha spiegato contra l'espressioni del girante le sue intenzioni — Ripetea che *pagamento ricevuto* sia una frase identica all'altra *liberato debitore*, poichè *liberationis* verbum eamdem vim habet, quam *solutionis* (l. 47 de verb. sign.) cosicchè il regale Editto esprimendo « purchè il pagamento non sia » già seguito » intenda dire « *purchè non sia seguita una quitanza senza proteste* » o nel senso della Prammatica XVIII de monet. § 1 « *depositis* acceptatis *aut liberatis*, *creditoribus*, non contradicentibus ».

Nella generale udienza di Guerra e Casa Regale questa causa con viva discettazione fu decisa così— « Dichiara che l'illustre Duca debba soddisfare l'aggio corrente nel suddetto giorno 13 di settembre 1799 da liquidarsi da due aggiatori intese le parti, non sospetti, salva la provvidenza da darsi sul domandato interesse della somma liquidanda » — (Causa *Piscicelli* contra *Vaselli* 6 dicembre 1800) — Fu prodotto il gravame delle *nullità* a nome di Piscicelli — La causa fu transatta *aliquo* dato, *aliquo* retento.

Ecco ora un esempio del secondo caso, non ha guari presentato alla suprema Corte di giustizia di Napoli — Del 1777, e del 1783 erano i mutui che nel 19 di febbraio 1800 intendeansi estinguere con polizze di Banco al valor *nominale* — Notificato il creditore di essersi presso un notaio depositate le polizze, egli a quel Notaio presentatossi, rilasciò una carta così « *ho ricevuto* dal Notaio Cocco una polizza notata fede originale del Banco Sant Eligio del 19 di febbraio 1800 in testa di D. Gabriele Al-

tieri, come ancora un' altra polizza di duc. 150.50 similmente in detto giorno notate, per farsi da me li richiesti adempimenti quando a me pare e piace— Luigi Maria Gargano » — Prese così le polizze, ritornò per fare gli adempimenti di quitanza, ma, insorto un dubbio di legittimazione di persona, gli adempimenti non furon fatti, per la qual cosa le polizze rimasero oziose presso la parte prendente—E nel 26 di luglio pentito introdusse nella Gran Corte della Vicaria l' azione per obbligar Altieri a *riprendere le polizze depreziate, ed invece a pagar contanti* i danari — A' 18 di agosto 1800, a *petizione del creditore*, il giudice Commessario ordinò d' impiegarsi quelle polizze con la Regia Corte *pro persona declaranda*.

I nuovi codici vennero pubblicati — il giudizio nel 1816 fu riaperto ne' nuovi tribunali per lo pagamento in contanti—Ed ebbe cura *Gargano* d' inscrivere nel 1816 il suo credito contra Altieri per la sorte e per gl'interessi—Dopo ciò si giunse al 1819, e stando ancora indecisa la quistione, fu con sentenza del 29 novembre 1819 permesso al creditore di far *liquidazione* del credito derivante dallo impiego fatto con la Regia Corte di quelle polizze.

Nel 1824 spropriata una casa ipotecata a Gargano, concorse egli, e fu collocato per lo intiero credito de' mutui con le accessioni d' interesse inscritte — Si oppose Altieri perchè *estinto* il mutuo intendeasi con le polizze prese in pagamento — e perchè le istanze del creditore del 1800 e del 1819 erano a dirsi perente — Difatti nel 22 novembre 1830 *la perenzione* disse spente quelle dimande, e la sentenza di perenzione passò in giudicato.

Nel 17 di giugno 1835 una seconda sentenza fu resa — Ordinavasi con essa la cancellazione del credito perchè estinto col pagamento in carte di Banco.

Appello — Incapace a ricever il pagamento in carte diceasi Gargano allorchè scrisse la ricevuta presso il Notaio Cocco, da poichè sotto tutela fino a' 25 anni costituito da suo padre — Resisteagli Altieri, e subordinatamente la quinquennale prescrizione opponeagli per lo cumulo d'interessi, anche attesa la perenzione delle istanze che avrebber potuto interromperla.

La G. C. civile rivocò nel 24 di agosto 1836 la sentenza, ammise il credito intiero, ed intiero il cumulo gravissimo d'interessi a favor di Gargano — Ordinò che la liquidazione del credito contra la Regia Corte per lo impiego fatto nel 1810 di quelle polizze appartenesse ad Altieri, cui Gargano ne consegnasse i documenti — Le considerazioni adottate dalla G. C. nella sua decisione furon le seguenti

1. La perenzione della istanza non estinse l'azione.

2. L'editto di maggio 1800 intorno alle carte bancali dichiarò che le obbligazioni anteriori doveano estinguersi in contanti, purchè il pagamento non fosse eseguito, o non si fosse promesso in carte.

3. Trattandosi di mutuo di cose fungibili la restituzione dovea farsi della istessa quantità e qualità e non già in carte bancali con la perdita del 49, e 50 per 100.

4. Interessi sino al 1816, sono ammissibili perchè inscritti — E sono dovute altre tre annate per la inscrizione del capitale.

5. Dichiarata invalida la offerta del pagamento in carte bancali, il creditore è tenuto a restituire il documento della seguita liquidazione.

Da cosiffatta decisione fu interposto ricorso dagli eredi di Altieri pe' seguenti mezzi.

Il debito fu pagato in carte — Il creditore lo accettò—Dopo la dichiarata perenzione della istanza il creditore non ha ripetuto la istanza pel pagamento — Dunque la G. C. ha creduto non estinta l'azione del creditore, ma non ha ragionato sulla non ripetuta dimanda del pagamento — Quindi ha violato l'art. 490 l. d. p. c., e l'art. 219 l. organica, e l'art. 233 l. d. p. c.

Il pagamento in carte fu accettato dal creditore — Su tale quistione non si è versata la G. C.— Dunque si è violato detto art. 219 l. organica.

L'Editto della deprezziazione delle carte bancali è di maggio 1800—Il pagamento fu fatto anteriormente cioè in febbraio di quell'anno — L'Editto parlando del passato, rispettò il pagamento già fatto — Disse « *purchè il pagamento non sia già eseguito*, e non si sia convenuto espressamente di eseguirsi il pagamento in carta; nel quale ultimo caso ne lasciamo la decisione a Tribunali » — La G. C. ha violato adunque l'Editto, ragionando sulla natura del mutuo.

Il fondo (diceasi) si è espropriato a danno di Luigi Balzano figlio di Giuseppe — contro Luigi non vi sono inscrizioni—Gargano inscrisse contro la eredità di Giuseppe — È dunque nulla la inscrizione — È perciò son violati gli art. 2042, 2043 l. c.

Sulla eccepita prescrizione degl' interessi non ha

la G. C. interloquito — Dunque si son violati gli art. 219 l. d. p. c., 233 e 544 l. d. p. c.

La G. C. ha conceduto al creditore interessi maggiori di quei domandati — nelle considerazioni si parla di ducati 150 sul mutuo di duc. 100 — Nella dispositiva si accordano ducati 250 — Dunque si è violata la massima di non giudicarsi *ultra petita*.

Sugli arretrati dell' impiego delle carte bancali che Gargano deve subordinatamente restituire, la G. C. non ha interloquito — Dunque si son violati gl' articoli 233, 554 l. d. p. c., 219 l. organica.

La suprema Corte ha elevato e discusso così le quistioni.

1. Il pagamento fatto dal mutuatario in carte bancali del *vecchio conto* in febbraio 1800 fu valido, ed estinse la obbligazione?

2. Che della perenzione della istanza, della prescrizione quinquennale degl' interessi, de' frutti arretrati delle carte bancali impiegate con la Regia Corte?

Sulla prima quistione. — « Considerando che pria dell' editto di maggio 1800 abolitivo delle carte bancali di vecchio conto, non vi era tra noi alcuna legge che vietava al creditore di estinguere il debito in carte bancali invece de' contanti, anzi talune disposizioni legislative anteriori all' editto equiparavano le carte al contante, secondo che fu annunziato da un dispaccio del 1796, e secondo che si raccoglie dal preambolo dello stesso editto.

» Che l'editto, *in quanto al passato*, rispettò non solamente le decisioni fatte da' tribunali sulla quistione di carte e contanti, ma ancora dichiarò che

i pagamenti eseguiti già in carte bancali non formavano oggetto di quistione, e non eran colpiti da quella legge innovativa.

» Che nella specie il pagamento fatto in carte dal debitore *fu ricevuto dal creditore volontariamente e senza alcuna protesta* e riserba di ragioni *due mesi prima dello editto*, secondo che si rileva dal certificato del Notajo per mezzo del quale *furono al creditore consegnate le fedi di credito originali.*

» Che in conseguenza del fatto pagamento il creditore si dichiarò pronto a stipulare l' istromento di quitanza, istromento che non ebbe luogo per delle difficoltà fatte dal Notajo straniere al debitore.

» Che il pagamento *fatto in carte ed accettato dal creditore*, essendo stato rispettato espressamente dal posteriore editto, è chiaro che la decisione denunziata contenga manifesta violazione di questa legge.

» Che la G. C. ha scambiata la quistione allorchè ha considerato che il mutuo non può restituirsi in diversa specie, e qualità — Non è quistione di sapere *se possa dal mutuatario restituirsi aliud pro alio*, ma se il *pagamento in carte bancali era stato riconosciuto per valido dallo editto*— Su questa vera quistione la G. C. non si è versata—È questo un altro mezzo di censura della decisione in esame.

Sulla 2. » Considerando che ritenuta per valida la restituzione del mutuo in carte, tutte le altre quistioni proposte dal debitore rimangono assorbite, e la suprema Corte è dispensata da esaminarle.

» Per questi motivi la Corte suprema annulla— (29 maggio 1838 causa *Altieri*, e *Gargano*).

N.° 564.

Muro in contiguità—Comunione desiderata—Vicino — Pubblico edifizio—Fabbrica—Mitoyenneté

(v. n. 514).

Analizzammo i principî disaminati a nostro rapporto nel Consiglio d'Intendenza di Napoli il 29 maggio 1838 per lo caso del privato che pretendeva acquistar comunione del muro dividente, malgrado che fosse questo muro il parapetto di Ponte sulla via pubblica —Giova ritener che in data de'14 Luglio 1838, sottomesso l'esame della quistione a S. E. il Ministro Segretario di Stato degli affari interni, la E. S. si degnò superiormente di approvare che non si permettesse innovazione, salvo al privato il dirigere le suppliche a S. M. per implorar dalla Sovrana clemenza una concessione speciale—(*Min. 2 rip. 2 car. n.* 5393 *rimessa all'Int. di Nap.*)

FINE DEL VOLUME TERZO.